



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

## Linee guida per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

## Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 732 069

Sec 6

*from cloth  
bag  
III*

101

D. GIUSEPPE BERTA

# APPUNTI

SULLA

## DISTINZIONE FRA POSSESSO E DETENZIONE

IN

### DIRITTO ROMANO



HARVARD  
LAW  
LIBRARY  
BELLINZONA

TIP. E LIT. EREDI CARLO COLOMBI

1893.





HARVARD LAW SCHOOL  
LIBRARY

~~SWITZERLAND~~

c

x

D. GIUSEPPE BERTA

# APPUNTI

SULLA

## DISTINZIONE FRA POSSESSO E DETENZIONE

IN

DIRITTO ROMANO



BELLINZONA

TIP. E LIT. EREDI CARLO COLOMBI

1893.

KUNENLAW

BER

+

For Ty  
B 53622

Rec. March 12, 1895

**AL CHIARISSIMO**  
**PROFESSORE D.<sup>o</sup> FILIPPO LOTMAR**  
**IN SEGNO DI RICONSCENZA E STIMA**  
**L'AUTORE.**





## INTRODUZIONE

---

### Terminologia delle fonti.

*Prima di entrare nel cuore dell'argomento, è bene intendersi brevemente sulla terminologia delle fonti, cioè sul valore delle espressioni di cui si servono i Romani nell'istituto del possesso: — civilis e naturalis possessio, possidere, in possessione esse; alieno nomine possidere, etc. —.*

*Siccome però sarebbe un lavoro troppo lungo, ed in parte infruttuoso l'esaminare tutte le opinioni emesse in proposito dai glossatori fino ai nostri giorni, mi contenterò di citare le due più in voga, cioè quella di Savigny<sup>1)</sup> e quella di Windscheid<sup>2)</sup>.*

#### *A. Secondo Savigny:*

1. « Possessio civilis » indica quel possesso che è atto all'usucapione e « possessio » semplicemente un possesso munito d'interdetti.

2. L'espressione « naturalis possessio » si oppone da una parte a « civilis possessio » e dall'altra a « possessio » ed ha quindi un doppio significato:

---

1) « Das Recht des Besitzes », VI edizione, § 7, pag. 58 seg.

2) « Pandette », vol. I, § 148, nota 12.

a) *Di un possesso che non ha i requisiti necessari per condurre all'usucapione;*

b) *Di un possesso sfornito di interdetti.*

3. *Con le parole «civiliter non possidere» esprimono similmente i Romani due concetti:*

a) *Che non vi ha luogo a possesso in forza d'una norma del jus civile;*

b) *Che esiste un possesso senza usucapione.*

*Di questi due significati il secondo forma la regola, il primo l'eccezione.*

*Questa interpretazione è, come osserva il Windscheid, seguita dalla maggior parte de' pandettisti. L'opinione del Windscheid poi si può riassumere brevemente come segue:*

B. 1. *Le espressioni «civilis possessio e possessio» si oppongono in un primo senso a «naturalis possessio, naturaliter possidere, in possessione esse» per esprimere un possesso con animus domini di fronte ad un possesso sfornito di animus domini.*

2. *In un secondo senso la parola «possessio» si oppone a «naturalis possessio» per indicare un possesso con animus domini in contrapposto ad un possesso il quale, quantunque dotato di animus domini, pure non viene riconosciuto per tale dal diritto positivo.*

*Altri pandettisti si sono accostati, salvo leggiera sfumature, a questa interpretazione del Windscheid<sup>1)</sup>.*

*Secondo me però, le due opinioni conducono allo stesso risultato pratico e mostrano che i Romani fecero differenza fra quei rapporti possessori che producono gli effetti speciali del possesso in tutto od in parte (cioè usucapione ed interdetti, o soltanto l'uno fra essi) e quelli i quali ne vanno privi in tutto od in parte. Infatti, quando Savigny dice che «civiliter non possidere» indica anche un fatto a cui il diritto nega la sua sanzione, riconosce implicitamente che questo fatto, quantunque in se possa dirsi possesso, pure non partecipa degli effetti giuridici, non essendo dal diritto riconosciuto per tale.*

---

1) Cfr. Windscheid al passo citato sopra alla nota 2.

*D'altra parte, siccome per Windscheid l'usucapione e gl'interdetti non sono dati che al possessore con «animus domini», praticamente la sua distinzione sub B. 1, viene a suonare così: «Possessio civilis e possessio», indicano un possesso cogli speciali effetti giuridici, «naturalis possessio in possessione esse», ecc., un possesso senza tali effetti. Per la medesima ragione, anche i suoi casi di «naturalis possessio», enunciati sub B. 2, indicano casi di possesso sorniti della speciale protezione giuridica, giacchè il diritto nega in essi l'esistenza dell'animus domini, che è d'altronde condizione indispensabile al godimento di tale protezione.*

*Noi lasceremo da parte quei frammenti in cui «civilis possessio» e «naturalis possessio» esprimono un possesso atto o non atto all'usucapione<sup>1)</sup>. Giacchè, quantunque anche l'usucapione sia effetto diretto del possesso, pure suppone altri elementi (justus titulus, bona fides) non necessari per la costruzione d'un possesso in opposizione a detenzione, di cui sarà parola nel corso di questo lavoro<sup>2)</sup>.*

*Non ci occuperemo neppure degli altri passi citati più giù a pag. 16 — i quali, parlando d'una «naturalis possessio», non la mettono in opposizione a «possessio o civilis possessio» ma vogliono con questa espressione solamente accentuare, che la nozione di possesso è una nozione semplice e popolare.*

*Astrazione fatta da questi passi, si può riassumere la terminologia romana in rapporto alla nostra questione nelle due seguenti proposizioni:*

*a) «Naturalis possessio, tenere, in possessione esse, corporaliter possidere, alieno nomine possidere» etc., sono espressioni identiche ed accennano ad un rapporto possessorio che non gode della protezione interdittale, e ciò in opposizione a*

*b) Possessio civilis e possessio che indicano un possesso atto agl'interdetti.*

---

1) P. es.: L. 1 § 9. 10 D. 43. 16, L. 26 pr. D. 24. 1.

2) Osserverò solo che in tutti i casi in cui il possesso genera l'usucapione, genera anche gl'interdetti, ma non viceversa.

*Seguendo una terminologia comunemente accettata, chiamerò i casi: sub b) col nome di « possesso » o « possesso giuridico », e quelli: sub a) li comprenderò sotto la denominazione generale di « Detenzione ».*

*La distinzione fra possesso e detenzione non è adunque una quistione puramente teorica e oziosa; ad essa si connettono conseguenze pratiche della massima importanza, cioè l'ammissibilità o la non ammissibilità delle azioni possessorie. Stando così le cose, sorgono spontanee le domande: Quali sono, in diritto romano, i requisiti necessari e sufficienti all'esistenza del possesso e della detenzione? — Esiste fra questi due concetti una differenza logica sostanziale, voglio dire una differenza negli elementi giuridici che li compongono? — Si può dare una regola generale aprioristica per distinguere i casi di possesso da quelli di detenzione?*

*È ciò che ci sforzeremo di svolgere man mano nel seguito del presente lavoro.*



## CAPITOLO I.

### Teoria di Ihering e di Savigny.

Nella letteratura romanistica esistono due teorie diametralmente opposte sulla distinzione fra possesso e detenzione in diritto romano. L'una ha trovato il suo campione in Savigny; l'altra, un prodotto de' nostri giorni, è uscita dall'ingegno perspicace e dalla penna brillante di Ihering. La prima è contenuta in un lavoro scritto dal Savigny all'età di 24 anni: «Das Recht des Besizes» <sup>1)</sup>, la seconda è contenuta nel «Besitzwille» <sup>2)</sup>, l'ultima fra le opere dell'autore dello Spirito del Diritto Romano. Questa nuova opera di Ihering ha scosso il mondo giuridico, e se, da una parte, ha obbligato i sostenitori della teoria savigniana (che è del resto quella accettata da tutti i pandettisti) <sup>3)</sup> a difendersi dagli attacchi a cui è fatta segno nel «Besitzwille» <sup>4)</sup>, ha, dall'altra, già fatto numerosi proseliti <sup>5)</sup>.

---

1) Vedi pag. 5, nota 1.

2) «Besitzwille» di Rudolfo Ihering, Jena, 1899, casa editrice Gustav Fischer.

3) Vedi Ihering, Op. cit. pag. 233 seg.

4) Fra gli oppositori di Ihering brillano in ispecial modo Kuntze. Vedi il suo opuscolo: «Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolph von Ihering», Leipzig, 1890 — e Hirsch: «die Principien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes nach Römischen Recht», Leipzig, 1892.

5) Cito in ispecial modo Baron: Ihering's Jahrbücher, vol. 29, Neue Folge, XVII, pag. 192-247 e nello stesso periodico, vol. 30, pag. 197-225.

Strohal: Ihering's Jahrbücher, vol. 31, I e II fasc., pag. 97.

Bekker: Zur Reform des Besitzrechtes. Separatabdruck. Jena, 1891.

Zoll: Grünhut's Zeitschrift, vol. 17, pag. 697 seg.

Prendiamo adunque in esame, l'una dopo l'altra, le due teorie.

A. Per costruire il concetto di possesso, Savigny parte dall'idea di detenzione <sup>1)</sup> come una posizione di fatto corrispondente alla proprietà come una posizione di diritto. Tale detenzione, soggiunge egli, diventa possesso, se vi si aggiunge la volontà di possedere, la quale, per corrispondere alla detenzione, deve consistere nell'intenzione di esercitare la proprietà. Ma questa intenzione può esser diretta ad esercitare la proprietà per se (*animus domini*) oppure per un altro (*animus alieno nomine possidendi*). Nel primo caso il diritto romano ammette possesso, nel secondo detenzione <sup>2)</sup>.

Ecco le sue precise parole (Op. cit., pag. 113): Può considerarsi come possessore solamente colui il quale tratta la cosa che detiene come un proprietario; cioè *vuole di fatto dominarla alla stessa guisa in cui vi è autorizzato il proprietario in forza del suo diritto*. Ed a pag. 112: «Se il detentore ha l'intenzione di esercitare la proprietà per un altro, non si può in ciò scorgere un tale «*animus possidendi*» per cui la detenzione vien innalzata al grado di possesso.

Come si vede, Savigny asside la differenza fra possesso e detenzione sulla *diversità* dell'animo possessorio esistente di fatto; il possessore ha l'*animus domini*, e per questo partecipa delle azioni possessorie, mentre il detentore non ha l'*animus domini*, e per questo gli vengono negate le azioni possessorie.

Ma Savigny, accortosi che l'edifizio logico da lui sì ben costruito non s'accordava in tutto e per tutto colle decisioni delle nostre fonti, fu costretto ad ammettere due eccezioni al suo principio fondamentale, la prima riguardo al rapporto possessorio sulle cose *extra commercium* ed a quello delle persone *alieni juris*, il quale non gode della difesa interdittale, cioè non è considerato giuridicamente come possesso, quantunque ci sia l'*animus domini*,

---

1) Qui la parola detenzione è presa in senso largo per indicare il rapporto esterno, il *corpus*.

2) In senso stretto, cioè in opposizione al possesso giuridico munito di interdetti. Il doppio senso in cui Savigny usa la parola detenzione non è il più atto ad aggiunger chiarezza ai concetti!

e la seconda riguardo ai casi del possesso derivato, dove le fonti annettono *possesso*, quantunque, per concessione stessa di Savigny (vedi Op. cit., p. 125), non ci sia l'*animus domini*. — Per la prima eccezione rimando al § 1 Cap. II, dove sono discusse le ragioni addotte da Savigny per spiegarle. La seconda eccezione Savigny cerca di spiegarla osservando che il possesso — nella sua qualità di diritto — può essere trasmesso dal primitivo possessore ad un altro il quale ottiene possesso, non già perchè ha la volontà di esercitare la proprietà in suo proprio nome (*animus domini*), chè anzi la vuole esercitare per un altro (*animus alieno nomine detinendi*), ma perchè vuole esercitare il *jus possessionis* spettante al primo. Ciò succede appunto nei casi del « possesso derivato » (*abgeleiteler Besitz*), così chiamati da Savigny, perchè in essi il possesso si fonda, in realtà, sul « possesso primitivo » d'un'altra persona. Siccome però il possesso derivato costituisce una deviazione dal primitivo concetto di possesso, non si deve ammetterlo che in quei casi i quali sono previsti da una disposizione esplicita della legge <sup>1)</sup>, cioè sempre nel pegno e nell'enfiteusi, ora sì ora no nel deposito e nel precario <sup>2)</sup>.

Non credo opportuno di far menzione delle piccole sfumature che ha subito questa teoria di Savigny per opera di alcuni scrittori, giacchè essa rimane, come fu già detto sopra, nelle sue grandi linee la teoria dominante. Passo invece addirittura a Ihering, il quale non solo modifica, ma distrugge dalle fondamenta la teoria di Savigny, per sostituircene un'altra affatto nuova ed originale.

B. I risultati a cui Ihering giunge sono i seguenti: Il diritto romano conosce due forme del possesso, il *possesso giuridico* e la *detenzione*, le quali differiscono fra loro soltanto negli effetti, non negli elementi giuridici che le compongono. Il detentore ed il possessore hanno non solamente lo stesso *corpus*, ma altresì lo stesso *animus possidendi* <sup>3)</sup>. L'« *animus possidendi* » non ha in ambedue i casi importanza se non in quanto serve a realizzare e mantenere il *corpus*. L'uomo non si metterebbe mai in

---

1) Savigny, Op. cit. da pag. 125 a pag. 129 e pag. 131.

2) La confutazione del « possesso derivato » si trova a p. 57 seg.

3) Vedi Ihering, Op. cit. pag. 52.

relazione colle cose esterne, se queste non offrissero per lui un interesse. Sollecitata dall'interesse che un oggetto le presenta, la volontà esce dal suo stato d'inerzia e sottomette l'oggetto alla sua dominazione; e *questa relazione esterna della persona colla cosa si chiama possesso*. — Per mezzo di essa l'uomo è messo nella possibilità di servirsi della cosa secondo lo scopo cui essa è destinata; ed è perciò che si può chiamare il possesso una constatazione dell'interesse che una persona ha per una cosa <sup>1)</sup>.

Il rapporto possessorio risultante dal meccanismo psichico descritto sopra è, di regola generale, protetto dal diritto mediante gl'interdetti, *cioè innalzato al grado di possesso giuridico*. In alcuni casi invece questa protezione non ha luogo per una ragione speciale, eccezionale, non per la mancanza dell'*animus domini*. Son questi i casi di detenzione, *i quali riposano sopra un motivo di pratica utilità, non sopra una speciale conformazione dell'animo possessorio* <sup>2)</sup>.

Ma, come Savigny era stato costretto di ideare un possesso derivato per schivare il rimprovero di essere in contraddizione colle fonti, così Ihering ricorse ad un ripiego estremo ed a nostro mo' di vedere non corretto <sup>3)</sup>, per mettersi d'accordo con qualche frammento (L. 1 § 20 D. h. t. e L. 37 D. 13.7), che *par* alluda ad una diversità d'animo fra il detentore ed il possessore. Egli sostiene cioè: che l'idea di porre la differenza fra detenzione e possesso sopra un contrasto dell'*animus possidendi* è particolare al giurista Paolo, un'opinione tutta sua (*Constructions versuch*) e non un assioma del diritto romano, e che perciò noi non siamo tenuti ad accettarla come *lex obligans* <sup>4)</sup>. Ecco in breve le linee principali della teoria di Ihering.

Ihering e Savigny sono adunque agli antipodi. Questi sostiene esistere una differenza sostanziale fra possesso e detenzione risiedente nella volontà, quegli invece non riconosce nessuna differenza nei fattori essenziali che costituiscono le due forme possessorie. — Per Savigny possesso e detenzione stanno fra loro in un rapporto di co-

1) Vedi Ihering, Op. cit. pag. 24 seg.

2) Lo stesso, pag. 19.

3) Vedi più giù, pag. 32 seg., 51 seg., e 61 seg.

4) Ihering, Op. cit. pag. 272.



ordinazione, per Ihering invece la detenzione sta al possesso come l'eccezione alla regola <sup>1)</sup>).

Il rapporto fra le due teorie fu benissimo riassunto da Ihering in due formole algebriche <sup>2)</sup>, che ci permettiamo qui di riprodurre a maggiore dilucidazione delle cose dette.

Indicando con X il possesso, con Y la detenzione, con C il *corpus*, con A l'*animus possidendi* e con α l'*animus domini*, si ha per Savigny:

$$X = A + C + \alpha$$

$$Y = A + C$$

e per Ihering:

$$X = A + C$$

$$Y = A + C - N,$$

chiamando N la norma positiva che nega al possesso esistente la sanzione giuridica.

## CAPITOLO II.

### Esame critico delle due teorie.

#### § 1. Natura dell' « animus possidendi ».

Quale di queste due teorie dev'essere considerata come la giusta e conforme allo spirito del diritto romano?

La risposta non è facile. Una quistione come il rapporto fra detenzione e possesso, la quale ha già affaticato la mente de' più grandi giuristi, non può esser decisa in una dissertazione inaugurale. Io sono quindi ben lungi dalla presunzione di voler dire l'ultima parola su questo importante argomento.

Mio scopo è soltanto di toccare i punti più salienti delle due teorie, aggiungendovi quelle osservazioni che più mi sembreranno a proposito.

Ihering e Savigny vanno d'accordo nell'ammettere, che non c'è rapporto possessorio (sia desso possesso o detenzione) *se la relazione esterna della persona colla*

1) Vedi lo stesso, pag. 19.

2) Vedi Ihering, Op. cit. pag. 53.

*cosa non è informata dalla volontà*; ambedue ritengono necessario, per la nozione di possesso, un *corpus* ed un *animus* (nello stesso identico senso parla la L. 3 § 1 D. 41. 2). Sulla maniera di concepire il *corpus* e di determinarne i caratteri essenziali esiste un'interminabile controversia che è ben lungi dall'esser chiarita in modo soddisfacente ancora oggidì <sup>1)</sup>.

Noi non ci occuperemo qui di questa quistione, giacchè nè l'uno nè l'altro fra i due corifei della giurisprudenza moderna ripongono nel *corpus* la distinzione fra possesso e detenzione. Il nostro sguardo sarà rivolto soltanto a determinare la natura dell'*animus*.

A questo riguardo la teoria savigniana e quella di Ihering differiscono sotto due punti di vista:

A. Savigny non s'è dato cura di scrutare quale sia il nesso intimo che esiste fra il *corpus* e l'*animus*. Dalle sue parole risulta soltanto che l'*animus* deve unirsi, accompagnarsi al *corpus*. Ihering invece <sup>2)</sup>, d'accordo in ciò con Pininski <sup>3)</sup>, Windscheid <sup>4)</sup> ed altri <sup>5)</sup>, sostiene con tutta energia, non esser sufficiente che i due elementi, corpo ed animo, s'incontrino l'uno accanto all'altro senza verun nesso, ma doversi essi presentare al nostro occhio nella relazione della causa all'effetto. Per Ihering il corpo dev'essere un effetto, un prodotto diretto della volontà, o, com'egli s'esprime scultoriamente a pag. 36: « Il rapporto fisico della persona colla cosa è la realizzazione della volontà, come la parola è la realizzazione del pensiero ».

B. La seconda differenza consiste più propriamente nella determinazione dell'essenza intima dell'animo possessorio. — Per Savigny quest'ultimo dev'essere un *animus domini* onde fondare possesso, per Ihering invece esso consiste solo nel creare e mantenere il rapporto di fatto, il *corpus*.

---

1) Cfr. a questo proposito Savigny, Op. cit. pag. 3 a 112. — Ihering: *Besitzschutz*, ed Op. cit. pag. 34 seg. — Pininski: *Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*, Leipzig 1885, vol. I, capitolo primo, pag. 39 seg. — Kuntze, Op. cit. pag. 96 seg.

2) Vedi Ihering, Op. cit. pag. 29 e 36 seg.

3) Pininski, Op. cit. pag. 149 seg.

4) Windscheid, *Pandette*, VI edizione, § 153, nota 1 a.

5) Fra gli altri Kuntze, Op. cit. pag. 92.

Considerando dapprima la quistione, sub *A*, non esito a schierarmi dalla parte di Ihering contro Savigny; e ciò per due ragioni. La prima è di natura filologica. — Che cosa intendono infatti gli uomini per possesso? Il linguaggio, sicuro custode delle idee, è là per darcene conto. Interrogiamolo. I Greci usano l'espressione «*Κατέχουσιν*», i Latini, Italiani, Francesi, Spagnuoli ed Inglesi dicono rispettivamente: «possidere», «possedere», «posséder», «poseer» e «to possess»; i Tedeschi ed i Fiamminghi, per non parlare d'altri, adoperano alla lor volta le parole «besitzen» e «beziken».

Esaminando un po' più davvicino coteste parole, una cosa risalta subito all'occhio, ed è che tutte sono derivate da radici mediante particelle rinforzative. Così il «*Κατέχουσιν*» deriva da *Κατά* ed *ἔχω*, il «possidere» da *pot*, *potis*, *potestas* e *sedere*, come pure il «besitzen» dalla particella «be» e dal verbo «sitzen».

Ora, se le radici «*ἔχω*», «sitzen» e «sedere» indicano il contatto esterno dell'uomo colla cosa, i verbi transitivi «besitzen», «possidere» e *Κατέχουσιν* esprimono l'elemento formale, l'attività umana. Per «possesso» intendono adunque gli uomini l'effetto d'un'attività umana che si manifesta all'esterno sopra una cosa, che s'incarna nella relazione fisica della persona su questo oggetto.

Ecco adunque che l'opinione di Ihering sul rapporto fra corpo ed animo combacia pienamente colla maniera comune di vedere degli uomini. Ma essa è confortata direttamente anche da numerosi frammenti delle nostre fonti. Sono questi, fra gli altri: L. 15 D. 10.4, L. 5 § 3 D. 41.1, L. 5 § 5 D. 10.4, L. 44 D. 10.4. Secondo questi passi, il tesoro che io so trovarsi nel mio fondo, i favi depositi dalle api negli alberi del mio giardino, il frutto caduto dall'albero altrui sulla mia proprietà, si trovano in un rapporto esterno di vicinanza colla mia persona. Ma perchè quest'ultimo non fu creato dalla mia volontà e le cose suddette mi sono, per così dire, piovute fra le mani, senza la mia cooperazione, il diritto romano non le considera come in mio possesso.

Di qui risulta che un rapporto anche materiale della persona colla cosa, congiunto casualmente ad un animo possessorio, non fonda mai un rapporto possessorio, ma una semplice posizione di fatto (*Raumverhältniss*) a cui

nè il linguaggio popolare nè il diritto danno importanza alcuna.

Passo al secondo punto indicato sub *B*.

Qui non posso a meno di osservare anzitutto che i Romani non considerano il possesso come una creazione<sup>1)</sup> della legge, ma come qualche cosa di naturale che può essere dal diritto modificato, non mai distrutto<sup>2)</sup>. Già nella definizione data da Paolo nella L. 1 pr. D. h. t. è marcato un simile carattere: *possessio appellata est ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit*. Nello stesso senso parlano L. 1 § 1 cit., L. 53 D. 41. 1 e L. 11 D. 41. 1, dove è detto che il possesso è qualche cosa di semplice e naturale: *possessio naturalis est, naturaliter acquiritur possessio*.

Anche i frammenti in cui si accentua la natura di fatto del possesso<sup>3)</sup>, pare abbiano lo stesso scopo, di avvertirci cioè che quanto meno ci scosteremo dalla maniera popolare di concepire il possesso, tanto più giusta e conforme al diritto positivo sarà l'idea che di esso ci formeremo. Ora noi abbiám visto che cosa intendano gli uomini per possesso: « il rapporto esterno, volontario d'una persona sopra una cosa ». Basta adunque che ci sia un'anima, una volontà incarnantesi in un rapporto esterno sopra una cosa, perchè ci sia possesso.

Certamente, l'uomo, mettendosi in relazione con una cosa, vi è sempre spinto da qualche motivo che imprime alla volontà, secondo il caso, una nota ed una direzione affatto particolare. Tale motivo sarà ora un impulso egoistico, come la soddisfazione di un proprio bisogno o capriccio, ora un impulso altruistico, cioè il desiderio di rendere un servizio al prossimo per amicizia, riconoscenza, commiserazione o qualunque altro nobile sentimento. È però altresì vero che l'intenzione la quale accompagna

1) Per es., il diritto di proprietà ed il diritto ereditario si ponno chiamare creazioni della legge nel senso che cotesti istituti poggiano soltanto sopra una relazione giuridica, sopra un comando della legge, non sopra un fatto naturale e visibile. Supponendo che le teorie socialistiche abbiano un giorno a realizzarsi, le generazioni venture avranno un'idea di codesti istituti tutta diversa da quella che ne abbiamo noi. La nozione semplice e fondamentale di possesso rimarrà invece sempre la stessa, perchè un fatto non si nega: *contra factum non est illatio*.

2) *Res facti infirmari jure civili non potest* (L. 1 § 4 D. h. t.).

3) Cfr. L. 1 § 3 D. h. t., L. 1 § 4 D. h. t., L. 29 codem, L. 19 D. 4. 6.

la volontà nella creazione del rapporto possessorio, non si estrinseca il più delle volte all'esterno, ma resta un moto imperscrutabile, interno dell'Io, che sfugge all'osservazione umana. Ciò che soltanto si può toccare con mano è l'atto della volontà, in quanto tende ad assoggettarsi ed a dominare l'oggetto esterno. È questo l'*animus possidendi* per il popolo.

Non molto diversamente si esprime Strohal in una memoria apparsa nei « *Jarbtücher* » di Ihering <sup>1)</sup>. Ecco cosa egli dice a pag. 9: « Non si può mettere in dubbio che la volontà, la quale si attua nell'atto d'apprensione, possa assumere, secondo la diversità de' casi, delle sfumature diverse. Ma è altresì innegabile che coteste sfumature della volontà non assumono mai — o per lo meno di regola generale — un diverso carattere nell'atto di apprensione. Perciò, se si vuole caratterizzare a modo quest'ultimo, non si deve introdurre nella sua nozione più di quello che è comune in realtà ai rapporti di fatto che si presentano ogni giorno sotto i nostri occhi ».

Mi spiego con un esempio. Due amici pescano in riva ad un fiume. Lo scopo che hanno di mira è essenzialmente diverso: l'uno vuol far una buona scorpacciata di pesci (*animus sibi habendi*), l'altro invece, per incarico ricevuto, vuol portare la pescagione ad un terzo (*animus alieno nomine possidendi*). Quale differenza però osservate voi fra i singoli atti d'apprensione dei due amici? Voi vedete in tutti e due un'attività umana che si esercita sopra un oggetto esterno, e dite che tutti e due posseggono i pesci passati dall'acqua nel paniere, senza curarvi dei motivi che li hanno indotti ad agire. Voi non li conoscete questi motivi; ma anche se li conosceste, dareste voi il possesso dei pesci al terzo mandante, il quale non ha alcun rapporto visibile cogli stessi e lo neghereste al mandatario il quale ha i pesci in suo potere? Vedremo del resto che anche il diritto positivo, accordando le azioni possessorie al rappresentato (mandante) non nega l'esistenza degli elementi costitutivi del possesso nel rappresentante (mandatario). Ved. pag. 35 seg. e 43 seg.

Il popolo non è conscio di un dualismo nel possesso

1) Zum Besitzrecht eines bürgerlichen C. G. B. Ihering's Jahrbücher, vol. 31, I e II fascicolo (Neue Folge, vol. 19, fascicoli I e II).

risultante da un dualismo nell'animo di possedere. Per lui il commodatario, procuratore ed inquilino possiedono al pari del proprietario, dal momento che la cosa mobile si trova in loro custodia o l'immobile sotto la loro dominazione in virtù d'un atto della loro volontà. Tanto è vero ciò, che indarno si cercherebbe nel vocabolario delle diverse lingue una parola che accenni ad una differenza fra il possesso di un detentore e quello di un vero possessore, nel senso de' pandettisti.

Kuntze non ne sembra convinto; chè anzi si prova <sup>1)</sup> di dimostrare che il linguaggio popolare vien in appoggio della teoria di Savigny e non di quella d'Ihering.

L'argomento principale consiste, secondo lui, in ciò che volgarmente le espressioni « possessore » e « possesso » servono ad indicare « proprietario » e « proprietà ». Per parte mia, non negando il fatto allegato da questo autore, non posso però accettare le conclusioni ch'egli ne deduce.

Un tale modo di esprimersi non prova per nulla che l'*animus* del possessore è di fatto uguale a quello del *proprietario* (*animus domini*), ma soltanto che il popolo, avvezzo a giudicare le cose dalla loro materiale parvenza, fa spesso astrazione dal legame giuridico che unisce il proprietario alla cosa, per non attenersi che al legame materiale, visibile, palpabile in cui il proprietario si trova — nella maggior parte dei casi — di fronte alla cosa, non altrimenti che il semplice possessore. Di più, prendere questo significato anormale della parola possesso per il suo significato normale, è fare della eccezione la regola, considerare la deviazione od aberrazione di un principio per il principio stesso. Lasciando il popolo e venendo al *Corpus Juris*, mi pare anzitutto improbabile che il diritto romano si sia servito degli elementi della proprietà per definire il possesso, giacchè il concetto di possesso viene storicamente e logicamente prima di quello della proprietà. Ce lo dice la L. 1 § 1 D. h. t. colle parole: *Dominium rerum a naturali possessione coepisse, Nerva filius ait.*

I nostri dubbj si rinforzano entrando un po' più addentro nello studio delle fonti.

Che l'animo del possessore debba proprio essere un *animus domini* nel senso che attribuisce Savigny a questa

---

1) Vedi Kuntze, Op. cit. p. 43, V.

parola, non è detto espressamente in nessuna parte del Corpus Juris. Si potrebbe forse esser tentati di vedervi un'allusione nella L. 3 § 7 D. 43. 17 e nella L. 3 pr. C. 7. 32, dove, a caratterizzare il rapporto possessorio, vengono usate le espressioni «ut dominus», «quasi dominus». Ma è facile accorgersi che questi passi non accentuano la natura dell'*animus*, ma piuttosto la conformazione esterna del rapporto possessorio, il quale nella maggior parte de' casi non differisce punto — all'occhio dello spettatore — dalla relazione in cui si trova ordinariamente il proprietario rispetto alla cosa. Del resto, chi volesse utilizzare il primo di questi frammenti in appoggio della teoria savigniana, si darebbe da sè stesso la zappa sui piedi, giacchè il giurista Ulpiano nega appunto ad un rapporto esterno di tal fatta il carattere di possesso giuridico. I seguaci di Savigny cercano infatti altrove dei sostegni per il loro logico edificio, e li credono trovare nella L. 1. § 20 D. h. t. e L. 37 D. 13. 7, dove Paolo nega al rappresentante ed al conduttore possesso, perchè lor manca l'«*animus possidentis*». Rimandando a tempo e luogo opportuno<sup>1)</sup> la interpretazione di questi due passi, mi limito per ora ad osservare che l'interpretazione data dai fautori di Savigny ai citati frammenti, anche se fosse giusta in complesso, andrebbe troppo oltre. Dai dati forniti in questi frammenti non si potrebbe dedurre che il possessore deve avere l'*animus domini*, ma soltanto ch'egli deve avere l'*animus possidentis*, giacchè al detentore è negato soltanto l'*animus possidentis*: Quia non habeat animum possidentis, quum non sit animus *possessionem adipiscendi*. In che cosa però consista quest'*animus possidentis*, se cioè indichi la volontà di farla da padrone, oppure soltanto la volontà di mantenere e realizzare il corpus, dai suddetti frammenti non risulta.

Meritano inoltre menzione la L. 18 pr. D. h. t. e la L. 10 § 1 D. h. t. È indubitabile che qui tanto Celso quanto Ulpiano ammettono una differenza fra il possessore ed il detentore: Nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Longe diversum aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse.

Senonchè, qual solida ragione ci autorizza a ritenere

---

1) Ved. più innanzi a pag. 32 e seg.

che le due leggi citate parlano di una differenza nella volontà possessoria? Non si potrebbe, con pari diritto, ammettere che la differenza, a cui alludono Celso ed Ulpiano fra il possesso (possidere) e la detenzione (in possessione esse — alieno nomine possidere) consiste in ciò, che il possessore è ammesso al beneficio degl' interdetti, mentre il detentore ne è privo?

Le due interpretazioni hanno la stessa ragione d'essere, dal momento che le citate leggi non favoriscono l'una a preferenza dell'altra <sup>1)</sup>.

Anche dalla L. 41 D. h. t. non si può, a parer mio, dedurre una prova in favore di Savigny, giacchè, secondo me, Paolo non oppone in questa legge possesso giuridico a detenzione, ma — in modo più generale — rapporto possessorio a semplice posizione di fatto, indifferente per il diritto.

Fin qui ci siam tenuti sopra un terreno negativo. Veniamo ad alcune prove positive.

Il diritto romano accorda possesso giuridico al rappresentante indiretto, cioè a colui il quale agisce in proprio nome, ma in interesse altrui, e similmente al negotiorum gestor ed all'inventore onesto (gutgläubiger Finder) <sup>2)</sup>.

Non fa d'uopo spendere molte parole per dimostrare che in tutti questi casi la volontà del possessore è di fatto diretta a possedere per un altro. Il rappresentante indiretto s'impadronisce della cosa non per tenerla per sè, ma per restituirla al mandante a sua richiesta. Tale volontà deve risultare necessariamente dalla relazione fra mandante e mandatario. Nessuno si dichiara pronto ad assumere un impegno per un altro, se internamente non ha l'intenzione di agire per l'interesse di quest'ultimo. Ciò è ancor più vero del « negotiorum gestor »; perocchè colui il quale si mette al disbrigo degli affari d'una persona assente od impossibilitata ad accudirvi essa stessa, lo fa appunto coll'intenzione di procurare a cotesta persona dei vantaggi ch'essa non potrebbe ottenere con atti propri.

Nè diversamente bisogna credere dell'inventore onesto; egli raccoglie la cosa perduta coll'intenzione di consegnarla

1) Lo stesso si osservi a proposito della L. 33 § 1 D. 41.3.

2) Vedi Ihering, Op. cit. pag. 259 e Pininski, pag. 198 seg.



al proprietario, non di servirsene per proprio uso e consumo come un proprietario.

Come è possibile combinare tali casi colla teoria di Savigny? Per Savigny ed i suoi seguaci non dovrebbero le suddette persone ottenere possesso, non avendo l'*animus domini*. Eppure vediamo accordato loro possesso nonostante la volontà di possedere per un altro!...<sup>1)</sup>.

Che più? Il diritto romano ci fornisce inoltre esempi di detenzione, dove — secondo la teoria savigniana — si dovrebbe piuttosto ammettere possesso. Alludo al colono, inquilino e commodatario. Nessuno mi potrà mai far credere che il locatario voglia esercitare di fatto la proprietà per il padrone. No: egli conchiude il contratto di locazione appunto perchè vuol esercitare in suo proprio interesse (e non per il padrone) i due elementi più importanti che costituiscono la proprietà, l'*uti* ed il *frui*. — Certamente, l'animo del locatario non è uguale in tutto e per tutto a quello del padrone, giacchè esso non si estende anche all'*abuti*, che è, secondo i giuristi romani, il terzo fattore della proprietà. Ma, se il diritto romano avesse realmente preso per regola, nella creazione del possesso giuridico, l'*animus domini*, io credo che l'avrebbe subito accordato anche al conduttore, come quello che nella sua volontà possessoria più s'avvicina al proprietario.

Quanto si è detto a proposito del conduttore vale anche per il commodatario; perchè anche quest'ultimo vuole usufruire della cosa per sè, in suo proprio interesse, cioè ha un animo possessorio molto rassomigliante all'*animus domini*.

Conchiudendo dirò: L'indispensabilità dell'animo nel possesso è accentuata in un numero considerevole di frammenti. Si confronti L. 3 § 1 D. 41. 2 (Paulus): *adipiscimur possessionem animo et corpore*. L. 1 § 3 D. h. t. (Paulus — *affectio tenendi*), L. 3 § 3. 6 D. h. t. (Paulus — *affectio, affectus possidendi*), L. 46 D. h. t. (Papinianus — *propositum possidendi*), L. 32 § 2 D. h. t. (Paulus — *sensus possidere*), L. 3 C. h. t. (*animi adfectus*), L. 1 § 9. 10 D. h. t. (*intellectum possidendi*).

Come si vede, molte sono le espressioni per indicare quest'animo. Ma tutte hanno lo stesso significato ed in-

---

1) Quanto ai casi di possesso derivato, vedi pag. 57 seg.

dicano « la volontà di realizzare e mantenere il *corpus* ». Questo *animus possidendi* è necessario tanto nel possessore giuridico che nel detentore e serve a distinguerli da coloro i quali non si trovano che casualmente in una posizione di vicinanza (*Raumverhältniss*) colla cosa. In altre parole, l'animo del possessore è, per il diritto romano, uguale a quello del detentore; e la differenza fra possesso e detenzione non si deve cercare in una differenza dell'*animus possidendi*, ma in qualche cosa d'altro. Con ciò non metto punto in dubbio che la volontà di molti detentori differisca in intensità da quella di molti possessori, e concedo volontieri a Kuntze<sup>1)</sup> che, p. es., « la volontà del conduttore si arresta davanti alla sostanza della cosa, mentre la volontà del proprietario abbraccia e si estende anche a quest'ultima ». Ma che si prova con ciò contro la teoria di Ihering? Nulla; chè Ihering non nega punto l'esistenza di simili distinzioni, ma soltanto che esse siano state dal diritto romano prese per fondamento nella costruzione dei concetti di possesso e detenzione<sup>2)</sup>. A che pro adunque Kuntze s'affanna tanto per rintracciare e mettere in luce simili sfumature, mentre egli stesso poi riconosce che la teoria del possesso non dipende in principio dall'*animus domini*, e che il concetto di possesso si può definire senza ricorrere alla volontà del proprietario (*Eigenthümerwille*), la quale non viene in linea di conto che secondariamente e come semplice illustrazione<sup>3)</sup>.

Dopo d'esserci schierati dalla parte di Ihering, ammettendo l'idea da lui propugnata, che il contrasto fra detenzione e possesso non riposa sulla diversa conformazione dell'animo nel possessore e nel detentore, è nostro compito d'esaminare l'altra sua asserzione, che i casi di detenzione basano sopra norme positive del legislatore, il quale si lasciò guidare, nello stabilirli, da motivi pratici eccezionali.

## § 2. Caratteristica della detenzione.

Kuntze, dopo essersi sforzato, quantunque indarno, di dimostrare che in molti passi del *Corpus Juris* è accentuato

1) Vedi Kuntze, Op. cit. pag. 11-15.

2) Cfr. Baron: *Noch einmal der Besitzwille*, nei *Ihering's Jahrbücher*, vol. 30, pag. 214 seg.

3) Vedi Kuntze, Op. cit. p. 35.

un contrasto logico fra possesso e detenzione, si volge a pagina 17 contro Ihering dicendo: « Se i giuristi romani avessero avuto della *detentio alieno nomine* l'idea: che essa è in fondo « possesso » e che deve la sua esistenza soltanto a motivi di pratica utilità, avrebbero espresso tale fatto con un *jure singularem* oppure *utilitatis causa receptum est*, con un *placuit* o *videtur utilius esse, utilitate suadente*, o con altra analoga espressione, come è sovente il caso nel trattato del possesso ». L'osservazione è di grande importanza; perchè, se non fosse dato provare che la detenzione fu dal diritto romano considerata come un'eccezione alla regola generale del possesso, si potrebbe dire della teoria di Ihering: brillante — de lege ferenda, ma non ammissibile de lege lata.

Senonchè, mi meraviglio che Kuntze, il quale a pagina 101 seg., trattando della detenzione delle « res extra commercium », si vale della L. 23 § 2 D. h. t. per provare che tale detenzione è un prodotto immediato del diritto positivo, non abbia fatto un passo più innanzi e potuto persuadersi che lo stesso vale anche per la detenzione relativa <sup>1)</sup>. I frammenti trascurati da Kuntze non devono per amore di esattezza esser da noi passati sotto silenzio. Io mi son dato la briga di rintracciarli in mezzo alla *selva selvaggia* delle decisioni del Corpus Juris, e li trascrivo qui in seguito, perchè le osservazioni che vi aggiungerò riescano più comprensibili.

#### Detenzione assoluta.

L. 23 § 2 D. h. t. — Si vinxero hominem liberum, ita ut eum possideam, an omnia quæ is possidebat, ego possideam per illum. Respondit: si vinxeris hominem liberum, eum *te possidere non puto*.

#### Detenzione relativa.

L. 24 D. h. t. — Et peculium quod servus civiliter quidem possidere non potest, sed naturaliter tenet, *dominus creditur possidere*.

L. 49 § 1 D. h. t. — Qui in aliena potestate sunt, tenere rem peculiarem possunt, habere *possidere non possunt*.

---

1) Vedi la differenza fra detenzione assoluta e relativa a pag. 26.

L. 118 D. 50-17. — Qui in potestate est usucapere non potest, nam *quum possideatur, possidere non VIDETUR*.

L. 9 D. h. t. — Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, *nos possidere VIDEMUR*.

L. 2.9 § 3. — Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio; cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, *id vos possidere VIDEMINI*.

Gaius IV, 153. — *Possidere autem VIDEMUR* non solum si ipsi possideamur, sed etiam si aliquis nostro nomine in possessione sit, qualis est colonus et inquilinus. *Per eos quoque apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus aut quibus gratuitam habitationem constituerimus, ipsi possidere VIDEMUR*.

Paulus S. R. V. II, 2. — .... *Per procuratores acquiri nobis possessionem posse, UTILITATIS CAUSA receptum est*.

L. 1 C. h. t. (7.32). — *Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem .... TAM RATIONE UTILITATIS quam juris pridem receptum est*.

L. 25 § 1 D. h. t. — Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemur. Et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent, *INTELLIGIMUR nos retinere possessionem*.

Da una breve ispezione di questi passi risulta: che la stessa operazione seguita dal diritto romano riguardo al possesso delle *res extra commercium* e delle persone alieno juris, fu seguita anche in riguardo al rapporto possessorio de' detentori contrattuali. Nell'uno e nell'altro caso essa è espressa con analoghe espressioni: *puto, videtur, intelligitur, utilitatis causa receptum est* (appunto le espressioni che desidererebbe trovar Kuntze sulla bocca de' giuristi romani!). Nell'uno e nell'altro caso essa consiste in un lavoro d'esclusione, nel negare cioè ad alcuni rapporti possessorii la sanzione giuridica, quantunque ci sia in realtà possesso, trovandosene gli elementi costitutivi (*animus et corpus*).

Infatti, a chi, leggendo i citati frammenti, non risalta subito all'occhio un contrasto, una lotta, dirò così, fra il senso comune e la prescrizione legale? Per il senso comune tutti i detentori possiedono, per il diritto invece no.

Ecco, per es., come s'esprime la L. 23 § 2 h. t.: Si vinxero hominem liberum, *ita ut eum possideam*..... *eum te possidere non puto*. Chi lega un uomo libero stabilisce fra se e quest'ultimo lo stesso rapporto possessorio di chi lega uno schiavo (*ita ut eum possideam*). Così la pensa il volgo; ma il giurista deve qui staccarsi dalla maniera comune di vedere degli uomini per giudicare secondo la legge, la quale non accorda ad un rapporto possessorio di tal fatta la sua sanzione (*puto non possidere*).

Questo contrasto è accentuato ancor maggiormente nella L. 118 D. 50-17. Lo schiavo, quantunque possieda in realtà (*quum possideatur*), non è dalla legge riconosciuto come possessore (*possidere non videtur*). Similmente il colono, l'inquilino, il commodatario, depositario e procuratore, sebbene si trovino, in realtà, nel possesso (*Sunt in possessione* — Cfr. L. 9 D. h. t., Gaius IV, 153), pure non possiedono, perchè il loro possesso vien ascritto dalla legge rispettivamente al locatore, commodante, deponente, rappresentato, i quali ultimi *possidere intelliguntur a mezzo de' primi*.

Si servirebbero forse i Romani di un simile linguaggio, se avessero di mira un contrasto logico risiedente naturalmente nella diversità dell'animo tra il possessore ed il detentore? Se ciò fosse, non direbbero invece le fonti: i coloni, gl'inquilini, i commodatarii ed i depositarii sono abbassati al grado di semplici detentori, perchè non hanno l'*animus domini*, ed il possesso vien invece ascritto rispettivamente al padrone, commodante, deponente, perchè quest'ultimi hanno l'*animus domini*? Anzi, è appunto perchè — logicamente parlando — si potrebbe credere che i detentori siano possessori, che le fonti ci fanno espressamente osservare: avere qui il legislatore, per motivi speciali (*utilitatis causa receptum est*), adottato una diversa soluzione.

Mi si potrebbe forse obiettare che nella maggior parte dei citati frammenti si accentua il *possesso* dell'una parte contrattante (locatore, commodante, deponente, ecc.), facendolo derivare da una disposizione eccezionale di legge, e non la *detenzione* dell'altra parte contrattante. Senonchè una tale obiezione è più apparente che reale, giacchè quella stessa norma eccezionale di legge, la quale ascrive il possesso all'un contraente, attribuisce anche semplice

detenzione all'altro, volendo appunto il legislatore che le azioni possessorie siano date a quello in base al possesso di questo (vedi questo pensiero più ampiamente spiegato a pag. 42 seg.).

La natura della detenzione, quale l'abbiamo ora qualificata, risulterà ancor meglio dai paragrafi seguenti, in cui si cercherà di scoprire i motivi speciali che nel caso concreto le han dato vita.

### § 3. Casi di detenzione assoluta e detenzione delle persone « alieni juris ».

Per detenzione assoluta s'intende la detenzione sulle *res extra commercium*, dove la difesa possessoria è semplicemente negata senza attribuirle ad altri che venga dal diritto considerato per possessore, com'è il caso nel procuratore, inquilino, commodatario, colono, servo, i quali sono abbassati al grado di semplici detentori, appunto perchè la legge li considera come strumenti alla conservazione del possesso nella persona del principale, locatore, commodante, ecc.

Questi ultimi casi si esprimono col nome di *detenzione relativa*, che riproduce assai bene l'idea del possedere nell'interesse d'un altro, o — come dicono le fonti — del *præstare ministerium alienæ possessioni*.

Premessa questa osservazione terminologica<sup>1)</sup>, veniamo al caso nostro.

Come si deve concepire la detenzione assoluta? Dipende essa da una speciale conformazione della volontà nel detentore? Qui mi piace di poter constatare che tanto Ihering<sup>2)</sup> quanto Savigny<sup>3)</sup> sono d'accordo nel riconoscere che l'esclusione del possesso sulle *res extra commercium* risiede in una disposizione particolare della legge e non in un'impossibilità logica (p. es. la mancanza dell'*animus domini*).

Dello stesso parere è anche Kuntze, il quale, pur mostrandosi in genere seguace delle idee di Savigny ed ostile a Ihering, così si esprime a p. 101: « Se noi ci facciamo

---

1) Terminologia di Ihering.

2) Vedi Op. cit. pag. 60 seg.

3) Cfr. Op. cit. p. 133.

ad esaminare la norma giuridica che esclude possesso sulle *res sacræ* e sulle *liberæ personæ*, dobbiamo dire che il concetto di possesso come un fatto (*res facti*) avrebbe dovuto condurre ad un'altra conclusione. Infatti, perchè mai la volontà diretta a dominare in modo assoluto coteste cose e coteste persone, la quale pur esiste di fatto, non dovrebbe esser riconosciuta in questa sua qualità di fatto? Ma di fronte a ciò vale la considerazione che lo Stato non ha interesse alcuno ad accordare al possesso la difesa o qualunque altra efficacia giuridica, là dove la proprietà è in principio esclusa». Benissimo detto; e siccome io pure convengo in tutto quello che Kuntze qui dice, non aggiungo altro e passo alla detenzione delle persone *alieni juris*.

La ragione per cui gli schiavi ed i figli di famiglia detengono e non possiedono <sup>1)</sup> è anche qui, tanto per Savigny che per Ihering, di natura obbiettiva. Savigny <sup>2)</sup> la trova nell'impossibilità giuridica degli schiavi di essere soggetti di diritti e dei figli di famiglia di avere un patrimonio proprio; Ihering, nel fatto che le suddette persone non potevano intentare nessuna azione contro il capo-famiglia. « Secondo la maniera di vedere degli antichi Romani », dice egli <sup>3)</sup>, « non era compatibile colla posizione del capo-famiglia, che le persone a lui soggette lo potessero citare in giudizio. La negazione delle azioni possessorie contro quest'ultimo era però condizionata alla negazione di diritti nella loro persona, chè sarebbe stato un controsenso accordar loro de' diritti, ma negarne la difesa..... Incapacità d'intentar azioni significava incapacità di aver proprietà e di possedere.... Dal punto di vista della teoria del possesso tale negazione delle azioni possessorie significava: le persone *alieni juris* non ponno possedere (*civilis possessio*), il loro rapporto possessorio dev'esser qualificato per detenzione (*naturalis possessio*) ».

Per quanto bella possa essere questa concezione di Ihering, io non la trovo sufficiente; essa mi spiega perchè le suddette persone vadano prive della difesa contro il capo-famiglia, lasciando insoluta la questione: perchè lo stesso debba valere anche di fronte ai terzi, coi quali esse non si trovano in alcun rapporto di subordinazione.

1) Vedi L. 49 § 1 D. h. t. — L. 30 § 3 D. h. t. — L. 98 D. 50. 17.

2) Vedi Op. cit. pag. 135.

3) Vedi Op. cit. p. 63.

Di più, tanto la spiegazione di Ihering che quella di Savigny, non rende conto del perchè il possesso de' figli di famiglia o schiavi debba profittare rispettivamente ai loro padri e padroni, talmente da dirsi che quest' ultimi possiedono pe' primi, i quali non sono altro che strumenti all' acquisto e conservazione del loro possesso <sup>1)</sup>. Non dimentichiamo che qui ci troviamo già nella detenzione relativa, e che bisogna più che possibile accentuare la posizione del possessore, non quella del detentore.

Ora a me pare che la chiave per la retta intelligenza della fattispecie ce la porge il privilegio creato dal diritto romano antico in favore del capo-famiglia, per cui tutto ciò che il figlio di famiglia o schiavo acquistava di fatto, veniva a lui acquistato direttamente di diritto <sup>2)</sup>. Infatti, non sarebbe stato un tal privilegio illusorio, se non si fosse concesso che anche il possesso acquistato di fatto dalle persone alieni juris viene acquistato per diritto al capo-famiglia, dipendendo dal possesso l'usucapione e in molti casi l'acquisto della proprietà, come pure la possibilità materiale di esercitare il contenuto della proprietà e di molti altri diritti reali? Certamente, l'acquisto diretto del possesso per il *paterfamilias* non parve ai giuristi romani cosa sì semplice come quello della proprietà. — Perchè? Perchè qui s' aveva a che fare con un diritto, là con un fatto, il quale non si può a piacimento creare o distruggere. È ciò che appare da un dubbio sollevato da Gaio, II, 90: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt — au autem possessio acquiritur, quaeri solet, quia *ipsas non possidemus*. — Pare adunque che da principio si sia cercato di spiegare il fenomeno, ricorrendo al possesso del *paterfamilias* sulle persone *alieni juris*; egli possiede giuridicamente a mezzo loro le cose ch' essi di fatto possiedono, per l'intermediario del possesso ch' egli esercita sopra di loro (quasi longa manu). Più tardi, si cerca di rendere intelligibile alla ragione ciò che essa non capirebbe, chiamando in aiuto la finzione <sup>3)</sup> che le persone *alieni juris* siano

---

1) L. 25 § 1 D. h. t. — L. 15 D. h. t. — L. 10 § 2 D. 41. 1.

2) Gaius, II, § 87.

3) V. L. 24 D. h. t. (creditor possidere), I., II 9. 3 (possidere videmini).



soltanto il mezzo, l'istrumento con cui si realizza e conserva un possesso, i cui effetti giuridici ridondano a favore d'un terzo. In ogni modo questo sta fermo, che la distinzione delle *persone alieni juris* riposa sopra una norma eccezionale di legge <sup>1)</sup>.

#### § 4. Rappresentanza nel possesso.

La rappresentanza nel possesso si presenta in diritto romano sotto due differenti forme: *a)* Il rappresentante amministra pel principale un possesso che quest'ultimo già ha acquistato; *b)* Il rappresentante *acquista* per il principale il possesso. Della prima di queste forme, che trovò accoglienza presso i Romani prima della seconda <sup>2)</sup>, parlano principalmente la L. 1 § 22 D. 43. 16 e L. 9 D. h. t.

Il procuratore a cui è stata affidata una cosa o l'amministrazione d'un patrimonio non possiede, ma detiene in favore del suo principale.

Qual'è la ragione per cui sorge qui detenzione e non possesso? Forse perchè il procuratore ha l'intenzione di esercitare il possesso per il padrone? Ma, rispondo io, com'è possibile vedere se i singoli atti d'amministrazione siano accompagnati da un *animus domini* o da un *animus alieno nomine detinendi*? Del resto qual passo delle nostre fonti fa dipendere la detenzione del procuratore dalla sua specifica volontà possessoria, cioè dalla mancanza dell'*animus domini*? Non è invece accentuato nei citati passi L. 9 D. h. t. e L. 1 § 22 D., de vi il pensiero, che il procuratore detiene per il principale in forza d'una disposizione speciale della legge (possidere videmur — videtur possidere)? Di più, non è forse nella L. 1 § 22 cit. il procuratore enumerato accanto al colono, di cui è detto nella L. 25 § 1 D. h. t., che non differisce punto dallo schiavo quanto alla quistione del possesso — *nec inter colonum aut servum nostrum per quem possessionem retinemus*.

1) Tant'è vero che in diritto giustiniano, quando si cominciò a capire che un figlio di famiglia non è un semplice strumento d'acquisto per altri, ma come persona dotata di volontà ha diritto di usufruire dei frutti del proprio lavoro (ved. I., II 9 § 2) gli si accordò tanto la proprietà quanto il possesso delle cose che non rientrano nel *peculium profectitum*.

2) Ihering, Op. cit. p. 115 — Schlossmann: Der Besitzerwerb durch Dritte. Leipz., 1881, p. 162 in fine.

quidquam interest —? Con ciò io intendo esprimere la seguente idea: Essendo anche per la teoria savigniana la detenzione degli schiavi basata sopra una norma legislativa eccezionale <sup>1)</sup>, perchè non deve valere lo stesso anche per la detenzione del colono e procuratore, i quali sono paragonati nella quistione del possesso ad uno schiavo?

La teoria dell'*animus domini* lascia adunque a desiderare.

Si rifletta invece un istante allo scopo che si prefigge il rapporto di rappresentanza e si troverà più facilmente la ragione per cui il diritto credette opportuno di accordare al procuratore soltanto detenzione invece di possesso.

Infatti, che ci proponiamo noi affidando l'amministrazione de' nostri beni ad un'altra persona? Evidentemente il conseguimento di uno scopo presente o futuro, nella maggior parte de' casi, di uno scopo economico. Noi ci serviamo del ministero altrui soltanto perchè non possiamo accudire noi stessi ai nostri affari per un motivo qualunque, o perchè crediamo ottenere meglio il nostro scopo facendo appello alla maggiore intelligenza ed operosità d'un'altra persona.

In ogni modo, quest'altra persona si deve considerare come un altro noi, come un raddoppiamento della nostra stessa personalità. Noi vogliamo ottenere per mezzo suo lo stesso scopo come se agissimo in persona. Ora, il legislatore si opporrebbe direttamente a questo scopo, se accordasse gli effetti giuridici del possesso al procuratore, perchè in tal caso, oltre al privare il principale dell'usucapione <sup>2)</sup>, porrebbe contro di lui nelle mani del procuratore l'arma potente degl'interdetti, mediante cui sarebbero resi vani i suoi sforzi di ripigliarsi prontamente la cosa e di godere così dei vantaggi economici di cui è condizione indispensabile il possesso materiale. Di più, in caso di turbativa del possesso da parte de' terzi, si assisterebbe allo spettacolo strano che il procuratore, il quale non ha nessun diritto alla cosa, si potrebbe difendere contro tali atti

---

1) Vedi sopra p. 27 seg.

2) Eccetto che se si volesse, come nel contratto di pegno, così anche nel mandato, scindere la questione del possesso da quella dell'usucapione, accordando al mandante l'usucapione, ed il semplice possesso ad *interdicta* al procuratore.

illeciti intentando le azioni possessorie, mentre il principale sarebbe obbligato, per far valere i suoi diritti, di ricorrere alla probatio diabolica della proprietà <sup>1)</sup>.

Una volta ammessa la possibilità della rappresentanza riguardo ad un possesso *già esistente*, non c'era più che un passo per giungere all'*acquisto* del possesso a mezzo di un rappresentante, essendo l'acquisto del possesso il primo requisito per l'esercizio e conservazione dello stesso.

Tuttavia i Romani impiegarono molto tempo prima di decidersi a far questo passo, e ciò che ai nostri occhi sembra abbastanza naturale, appariva loro circondato di mille difficoltà.

L'*antico* diritto romano come era severo e direi crudele verso i figli di famiglia e schiavi, negando loro ogni indipendenza economica, altrettanto era geloso degli interessi delle persone libere. Esso temeva, e forse giustamente <sup>2)</sup>, che l'uomo libero diventando strumento d'acquisto per altri, potesse perdere il libero esercizio della propria volontà ed insensibilmente cadere in uno stato di dipendenza morale ed economica poco diversa nelle sue conseguenze dalla schiavitù. Ecco perchè i Romani ammisero il principio, che non si può acquistare per mezzo d'una persona libera (per liberam personam nobis nihil acquiri potest), estendendolo anche all'acquisto del possesso. Ma a poco a poco, la pratica <sup>3)</sup> convertì questo principio nel suo opposto, finchè una costituzione dell'imperatore Severo proclamò ufficialmente l'acquisto diretto del possesso a mezzo d'un rappresentante. Siffatta costituzione è riprodotta nella L. 1 C. 7. 32. Ne parlano inoltre la L. 8 C. 7. 32, L. 1 § 20 D. h. t., L. 41 D. 41. 3.

Sta adunque fermo il fatto, che il diritto romano conobbe nel secondo secolo dell'Impero l'acquisto diretto del possesso per mezzo d'una persona libera.

1) *De lege ferenda* la soluzione migliore della quistione mi pare la seguente: di accordare tanto al principale che al procuratore gli interdetti possessorii di fronte ai terzi, e di negarli a quest'ultimo contro il principale. In questo modo lo scopo della rappresentanza sarebbe ampiamente protetto. Il fatto però che il diritto romano non giunse fino a questo punto, non distrugge l'altro, che coll'adottata soluzione non abbia cercato di proteggere più che possibile i varj interessi che sono intimamente connessi colla rappresentanza.

2) Cfr. in proposito Schlossmann, Op. cit. § 6 e 7.

3) Cfr. L. 1 C. 7. 32 (iam pridem preceptum) e L. 41 D. 41. 3.

La questione di sapere entro quali limiti e sotto quali condizioni tale acquisto abbia luogo, non c' interessa.

Diremo coi più che questo principio si riferisce soltanto al rappresentante diretto, cioè a colui il quale agisce non solamente in interesse, ma altresì in nome del rappresentato <sup>1)</sup>).

Il nostro compito è invece di renderci conto del perchè il rappresentante diretto ottenga detenzione, cioè acquisti il possesso in favore del principale.

I seguaci di Savigny, i quali fanno dipendere la detenzione dalla mancanza dell'*animus domini* nella persona del detentore, si valgono appunto d'un passo di Paolo riferentesi alla fattispecie, per costruire la loro teoria.

È questa la L. 1 § 20 D. h. t., che qui riproduco: *Per tutorem, procuratorem tutoremque possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accomoderent, nobis non possunt acquirere; alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.*

Stando così le cose, incombe a noi l'obbligo di studiare quale sia il senso del citato frammento di Paolo ed in quale relazione si trovi colla teoria di Savigny.

Per meglio riuscir nell'intento, ricorderò due altri passi dello stesso Paolo, in cui egli ha avuto campo di manifestare le sue idee intorno alla quistione che ci occupa. Intendo il passo delle S. R. V., II § 2, così concepito: *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem UTILITATIS CAUSA RECEPTUM est*, e L. 1 § 9 D. h. t. del tenore seguente: *Ceterum et ille per quem volumus possidere, talis esse debet, UT HABEAT INTELLECTUM POSSIDENDI.* Nel primo di questi frammenti il giurista romano dice, che la rappresentanza diretta nell'acquisto del possesso fu introdotta per motivi di pratica utilità (*utilitatis causa receptum est*). Quest'idea non ha nulla di sorpren-

1) Il rappresentante indiretto (vedi sopra p. 20 seg.) acquista per sè il possesso. La ragione poi per cui i Romani lasciarono sussistere la rappresentanza indiretta accanto alla rappresentanza diretta del possesso è difficile a trovarsi. Cfr. Ihering, Op. cit. p. 380.

dente, essa armonizza pienamente con altre decisioni delle nostre fonti, p. es., colla L. 1 C. 7. 32 e colla L. 8 C. h. t., dove si fa pure chiaro accenno all'interesse ed all'utilità pratica. Si è invece a prima vista tentati di considerarla in opposizione col contenuto della L. 1 § 20 D. h. t., dove la negazione del possesso nella persona del rappresentante pare sia derivata da una logica necessità, cioè dalla mancanza in lui dell'animo possessorio (*Quia non habeat animum possidentis*). È in questo senso che i seguaci di Savigny hanno interpretato la L. 1 § 20 cit., ed è pure in questo senso che l'interpreta Ihering, il quale peraltro le nega ogni valore dogmatico a nostro riguardo, come quella che conterrebbe un'opinione isolata di Paolo, in contraddizione colla teoria degli altri giuristi romani, che è la sola vera.

Per esser sincero, dirò che nè l'una nè l'altra di queste interpretazioni finisce per soddisfarmi.

A parer mio, la L. 1 § 20 cit. non parla punto di necessità logica; Paolo accenna per lo contrario ad un motivo pratico consistente in ciò, che se non si ammettesse l'acquisto diretto del possesso per il rappresentato, ne nascerebbe una carenza di possesso, cioè la cosa resterebbe senza possessore. *Puturum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem*.

Dal fatto che il tradente perde il possesso ed il rappresentante non lo acquista, non deriva di necessaria conseguenza che lo debba acquistare il principale. Questo non poteva essere il pensiero di Paolo; il giurista vuol dire soltanto che il legislatore ha fatto opera buona ed utile accordando il possesso al rappresentato, piuttosto che di abbandonarlo alla mercè del primo occupante. È lo stesso motivo da cui si lasciò guidare nel dare alla moglie il possesso sopra le cose donatele dal marito (vedi L. 1 § 4 D. L. t.). Come nel secondo, così nel primo caso la carenza di possesso sarebbe non solamente contraria alla naturale destinazione delle umane cose, di servire cioè alla soddisfazione de' nostri bisogni, ma altresì in opposizione collo scopo che si prefiggono le parti, qui collo scopo della donazione, là collo scopo della rappresentanza.

Il fatto che i Romani tardarono a riconoscere cotesto scopo, non prova nulla contro di noi, ma è anzi perfetta-

mente in armonia colla nostra teoria: essere il possesso giuridico quistione d'interesse, il quale muta col *mutar* de' tempi e colla maniera di concepire i rapporti economici, giuridici e sociali presso un determinato popolo. Lasciata infatti in disparte la regola — *per liberam personam nobis nihil acquiri potest* — perchè non più sorretta dai motivi d'indole speciale che l'avevano creata, lo scopo della rappresentanza, che è pur quello d'una maggior estensione delle relazioni economiche e commerciali fra gli uomini, doveva apparire agli occhi dei Romani in tutta la sua luce. Ora l'attribuzione del possesso al principale e della semplice detenzione al rappresentante non è che una disposizione legislativa presa in vista di questo scopo, scopo già indicato sopra a proposito della rappresentanza di un possesso già esistente <sup>1)</sup>.

E quando Paolo afferma che il rappresentante diretto non ha l'*animus possidentis* intende soltanto dire: che nella volontà del rappresentante diretto d'essere strumento d'acquisto per il rappresentato è implicitamente contenuta anche la volontà, che le conseguenze giuridiche de' suoi atti e quindi anche gli effetti giuridici del possesso non ridondino a suo favore ma bensì a favore del principale. È in questo senso solamente che la L. 1 § 20 nega al rappresentante l'*animus possidentis*, e quindi anche il possesso giuridico. Concedo anch'io che non è questa la più bella maniera di esprimersi, e che Paolo è caduto in una *improprietà* di linguaggio. La cosa sembrerà però meno strana se si considera, che la mancanza dell'*animus possidentis* è dedotta nella citata legge dalla volontà di agire in nome del rappresentato (nostro nomine accipere, operam dumtaxat suam accomodare), messa quest'ultima in opposizione colla volontà di agire in nome proprio (suo nomine nancisci possessionem), il che mostra che la mancanza dell'*animus possidentis* è un corollario della volontà di essere strumento d'acquisto per un altro. Di più la mia interpretazione non sembrerà troppo avventata, ove si consideri che in questa legge soltanto, e nella L. 37 D. 13.7, di cui sarà parola più tardi, si deduce la detenzione dalla mancanza dell'*animus possidentis*, mentre tutte le altre la riconducono a motivi di pratica utilità,

1) Vedi sopra p. 30.

non escluse, come fu visto, quelle che hanno per loro autore lo stesso Paolo.

Nè importa che raramente nel caso concreto il rappresentante avrà un'idea netta delle conseguenze che il legislatore connette ai suoi atti. L'importante è solo che il legislatore interpreta assai bene lo scopo e gl'interessi ch'egli ha di mira, negando a lui tutti gli effetti giuridici non esclusi quelli del possesso, per attribuirli al principale. In poche parole Paolo nega, nella L. 1 § 20 cit., una volontà che, non ha nulla e che fare colla volontà specifica possessoria da noi descritta al capitolo II, come la volontà diretta ad acquistare e mantenere il corpo.

Il possesso, ne' suoi elementi caratteristici, si trova evidentemente nel rappresentante. Se ciò non fosse, ben poco gioverebbero al rappresentato le sue azioni possessorie, nè si potrebbe dire che egli ha possesso, se non l'avesse di fatto acquistato per lui il rappresentante, giacchè egli non l'ha acquistato per opera propria.

Quello stesso Paolo, il quale nega al rappresentante l'*animus possidentis* nella L. 1 § 20 cit., gli riconosce poi, anzi gl'impone un *intellectum possidendi* nella L. 1 § 9 cit.

La contraddizione fra questi due frammenti scompare, se si ritiene che l'*intellectum possidendi* della L. 1, § 9 cit. esprime al pari delle altre espressioni «*affectus, affectio possidendi, propositum possidendi*», da noi già trovate (vedi p. 21) la nostra specifica volontà possessoria, mentre la negazione dell'*animus possidentis* nella L. 1 § 20 cit. indicherebbe la negazione nel rappresentante d'una volontà diretta al conseguimento degli effetti giuridici del possesso nella sua propria persona.

Inoltre l'interpretazione da me tentata della L. 1 § 20 cit. distrugge l'apparente contraddizione di essa col § 2 S. R. V., II, dello stesso Paolo, e colle L. 1 C. 7. 32, L. 8 C. h. t. Il risultato è il seguente: Anche la rappresentanza diretta nell'acquisto del possesso fu introdotta dal legislatore in virtù di specifici motivi (*utilitatis causa*) i quali lo consigliarono ad accordare gli effetti giuridici del possesso e con ciò possesso giuridico al rappresentato ed a negarli al rappresentante (dove la sua detenzione).

Se le mie argomentazioni sono giuste, ne segue che Paolo non fonda nella L. 1 § 20 D. h. t. la teoria dell'*animus domini*.

Quest'ultimo può esistere o non esistere nel rappresentante, ma anche se esistesse, egli non diventerebbe per ciò possessore, ma resterebbe semplice detentore, almeno di fronte al rappresentato. Ed ecco come: il rappresentante dimostrerebbe di avere un'*animus domini*, cioè di voler agire come un proprietario, quando, venendo meno ai doveri che gl' impone il contratto di rappresentanza, si licenziasse ad esercitare atti di proprietà sulla cosa, contro la volontà del rappresentato o si rifiutasse di consegnarla a quest'ultimo. Ma, così facendo, il rappresentante diventerebbe evidentemente un *possessore ingiusto*, il quale, a stregua de' principj che si esporranno nel capitolo III, potrebbe usare degli interdetti possessorj soltanto contro i terzi, ma non contro il rappresentato. Ecco quindi che l'*animus domini* non servirebbe punto a procurare al rappresentante le azioni possessorie, e con ciò il possesso giuridico; così lo scopo della rappresentanza, il quale vuole che il rappresentato e non il rappresentante possa esercitare le azioni possessorie, trionferebbe sull'*animus domini*. Il fatto poi che il rappresentante infedele può spuntarla cogli interdetti contro i terzi non prova nulla contro la nostra teoria, giacchè tutti i vantaggi risultanti dall'esperimento degli interdetti da parte del rappresentante infedele contro i terzi ridondano in ultima analisi a profitto del rappresentato, potendo quest'ultimo sempre rinvocare a sè il possesso del rappresentante.

Ciò posto, cadrebbe altresì l'insinuazione di Ihering, avere il giurista Paolo nella L. 1 § 20 D. h. t. creato, per mania di costruire sistemi giuridici, una teoria opposta alla teoria degli altri giuristi romani, cioè la teoria dell'*animus domini*, ammessa poi da Savigny e da quasi tutti i pandettisti moderni.

Paolo, come abbiamo visto, non è in contraddizione nè con se stesso, nè cogli altri giuristi romani.

### § 5. Detenzione del colono, inquilino, commodatario e depositario.

Uno degli scogli più formidabili contro cui rompono tutti coloro i quali trattano del possesso in diritto romano, è la detenzione di cosiddetti detentori interessati — coloni, inquilini, commodatarii e depositarii —. Che la posizione



fatta a costoro nella dottrina romana sul possesso non si spieghi mediante il principio savigniano, fu già osservato sopra.

La spiegazione che ne dà Ihering riguardo ai coloni ed inquilini è di natura storica. Appoggiandosi sopra acute osservazioni linguistiche e sopra alcuni passi di antichi scrittori romani (Festo e Columella), il nostro autore giunge al risultato: che nell'antica Roma la condizione degl'inquilini e coloni di fronte al padrone non differiva punto da quella dei figli di famiglia di fronte al *pater familias*, e che come questi, così anche quelli non potevano possedere per motivo della loro dipendenza economica, avendo il padrone un diritto di stratto illimitato. «L'actio conducti», dice egli a p. 120, «non esisteva nell'antico diritto romano, ma è di data recente ed appartiene al *jus gentium*. I coloni ed inquilini come semplici detentori non avevano nessun diritto alla difesa possessoria, il proprietario poteva sfrattarli a suo capriccio e se opponevano resistenza, poteva intentar contro di loro l'interdictum unde vi o uti possidetis». E più sotto: «Il padrone sfrattava il cattivo colono per soppiantarlo con uno buono; ed è appunto per assicurare al proprietario tale facoltà che si concedette a quest'ultimo possesso ed all'affittajuolo detenzione».

L'opinione di Ihering mi seduce, ma non finisce per dissipare tutti i miei dubbi. Mi permetterò quindi di inoltrare alcune osservazioni. Anzitutto è da notare che Ihering non adduce ragioni decisive, ma soltanto ipotesi in favore della sua tesi. Queste ipotesi avrebbero certamente maggior peso, se il diritto romano fosse sempre rimasto a quello stato d'infanzia, in cui la famiglia spiega indubbiamente un'attività politico-morale di alta importanza. Ma come tutti gli altri istituti, così anche la locazione subì nel processo del tempo presso i Romani varie evoluzioni. Ed è da questo sviluppo storico che mi par di dedurre il mio primo dubbio contro Ihering. È innegabile che all'epoca di Giustiniano vale per il locatore la regola opposta a quella che, secondo Ihering, vigeva ne' tempi antichi. Il diritto giustiniano nega, in tesi generale, al locatore la facoltà di espellere a suo piacimento il conduttore, riservandogli tale facoltà solo per alcuni pochi casi tassativamente enumerati dalla legge.

Tutto ciò risulta dalla L. 3 C. 4. 65, la quale così si esprime: — *Diætæ, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulæ solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versatus es.*

Dal contesto di questo passo si deve arguire, che il conduttore può opporsi al tentativo d'espulsione del locatore, se questo tentativo è infondato, cioè non legittimato da una delle cause in esso enumerate. Ma ciò equivale per me a dire: che a nulla giovano al locatore i suoi interdetti possessorii contro il conduttore, ogni qualvolta vuol dargli lo sfratto senza un giusto motivo. Come si accorda ciò con l'asserzione di Ihering, secondo la quale gl'interdetti possessorii avrebbero avuto per unico scopo *giuridico* di agevolare lo sfratto incondizionato del conduttore <sup>1)</sup>, quantunque *praticamente* ciò non fosse il caso? Ihering pare non veda in ciò niente di particolare, giacchè a pagina 438 seg. ci insegna appunto che il diritto di sfratto, illimitato dapprima, subì in seguito delle modificazioni, per non apparire in diritto giustiniano che sotto forma d'eccezione. Eppure io stento a capire (e qui sta il punto) perchè mai in diritto giustiniano il locatore continui ad avere le azioni possessorie, mentre il motivo da cui sarebbe stato guidato il legislatore nell'accordargliele, (diritto illimitato di sfratto) è scomparso....

Il secondo punto su cui rivolgo l'attenzione, è il seguente: Perchè mai i conduttori vanno privi della difesa possessoria non solo di fronte al locatore, ma altresì di fronte ai terzi? Ihering non ce ne dà, a parer mio, una sufficiente spiegazione. Infatti, il diritto di sfratto (*Vertreibungsrecht*) non toccando che le relazioni fra locatore e conduttore, gl'interdetti dovrebbero spettare al primo soltanto contro quest'ultimo e non anche contro i terzi.

Io non sono adunque affatto persuaso che il motivo per cui le azioni possessorie furono negate all'inquilino e colono sia il motivo storico speciale addotto da Ihering. Mi pare invece si riesca più semplicemente a darsene conto, esaminando l'opera del pretore, il quale nell'accordare gl'interdetti cerca di soddisfare tutti gli interessi in

---

1) Ihering, Op. cit. p. 121.

giuoco col minor impiego possibile di tale mezzo giuridico. Ed ecco come: Nel contratto di locazione bisogna tener distinto l'interesse del locatore da quello del conduttore. Quest'ultimo agisce per la propria utilità, in quanto che agendo coltiva e percepisce per sè i frutti. Ma accanto alla coltura e percezione de' frutti o utilizzazione della cosa, anzi mista pure e confusa a tutti gli atti a ciò relativi, c'è anche l'azione del mantenere e conservare la cosa. Questo per sè è principale interesse del locatore-padrone non solo in vista della pensione che ritrae dalla cosa, ma altresì in vista della futura restituzione. Il conduttore nello spiegare l'azione conservatrice riconosce tal interesse del locatore ed il proprio dovere che gli incombe di curarlo in forza del contratto <sup>1)</sup>.

Ciò posto, non è egli vero che ogni violazione o sottrazione del possesso è dannosa non solo al conduttore, ma anche al locatore, menomando o rendendo impossibile l'agir del primo sulla cosa?

La conseguenza sarebbe che le azioni possessorie dovrebbero spettare tanto all'uno che all'altro. Il pretore credette invece sufficiente di darle al locatore, dalla parte del quale gli parve stesse l'interesse maggiore, ed il quale è quasi sempre in grado di poterle sperimentare.

Taluno potrà oppormi che in questo modo il conduttore non era sufficientemente protetto nè contro il locatore nè contro i terzi. Esaminiamo questa obbiezione.

Anzitutto, per ciò che riguarda la posizione del conduttore di fronte ai terzi nell'antica Roma, essa era sufficientemente salvaguardata. Dato infatti il poco sviluppo del commercio nei primi periodi della vita di un popolo, ritengo anch'io con Ihering che conduttore e locatore dovevano trovarsi in un rapporto di vicinanza materiale; inquilino e locatore abitavano la stessa casa, padrone e colono sedevano nello stesso fondo <sup>2)</sup>. In tali condizioni pertanto se sopravveniva una molestia od una deiezione nel possesso, il padrone-locatore poteva ottenere subito la cessazione della molestia o la reintegrazione del possesso, salvaguardando così e i suoi propri interessi e quelli del colono od inquilino.

---

1) Cfr. Ruggieri: Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso, vol. I, p. 69; Firenze, Giuseppe Pellas, 1880.

2) Cfr. Ihering, Op. cit. p. 117 seg.

Altro doveva essere il caso, quando le relazioni commerciali si estesero in forza delle numerose conquiste, ed il contratto di locazione divenne necessario fra persone abitanti l'una ben distante dall'altra.

Frequentemente poteva, in queste mutate condizioni, derivare al conduttore un gran danno dal fatto che il locatore si trovava nell'impossibilità di opporsi prontamente agli atti nocivi al possesso intrapresi da un terzo. È questa certamente una lacuna che non veniva colmata dalla soluzione accettata dal pretore, lacuna che ci spinge a proporci la domanda se non sia migliore la soluzione adottata da altre legislazioni, di accordare le azioni possessorie anche al colono ed inquilino, almeno contro i terzi.

Però è manifesto in diritto romano la tendenza di colmare questa lacuna, proteggendo con altri mezzi gli interessi dei conduttori, là dove la negazione degli interdetti potrebbe esser loro di nocumento. Si pensi anzitutto alla facoltà accordata al conduttore, in caso di attentato al possesso per opera di terzi, di pretendere o che il locatore lo indennizzi, oppure che gli ceda gl'interdetti <sup>1)</sup>. Appartiene quì inoltre una costituzione di Costantino (ved. L. 1 C. 8.5), la quale concede ai coloni ed inquilini, non che ai servi ed amici, il diritto di difendere in giudizio il possesso dell'assente proprietario.

Si quistiona se nell'accennato frammento sia parola dell'*interdictum unde vi* oppure di uno speciale interdetto (*interdictum momentariæ possessionis*) <sup>2)</sup>. Comunque sia, un tale mezzo giuridico tende al ristabilimento del primitivo possesso contro *violentiam præsentium*, come dice la citata legge, e profitta quindi anche al conduttore, il quale è rimesso così nella fisica possibilità di esercitare i diritti che il contratto gli assicura.

Ricordo per ultimo l'*interdictum quod vi aut clam*, il quale ha luogo quando alcuno può dimostrare un *interesse* a che venga distrutto un *opus* (qualunque usurpazione di possesso intrapresa da una persona sul fondo altrui) <sup>3)</sup>, e che perciò appartiene evidentemente anche al conduttore, esistendo per lui tale interesse in sommo grado.

1) Cfr. Savigny, Op. cit. p. 323.

2) Su ciò Ihering, Op. cit. p. 451 seg.

3) L. 13 § 14 D. 43.24. Idem Julianus scribit, *interdictum hoc non solum domino prædii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.*

Quanto alla posizione de' coloni ed inquilini di fronte al padrone, fu già visto sopra che la L. 3 C. 4. 65 cercò all'epoca dell'Impero di migliorarla, concedendo loro una eccezione atta a scongiurare e render inutili gli atti arbitrari o violenti intrapresi dal padrone contro il loro diritto.

Il fatto che l'antico diritto romano non conobbe una simile eccezione, induce soltanto la prova negativa: non aver i Romani dapprincipio saputo proteggere meglio i diritti del conduttore, non già la prova positiva: che la concessione degli interdetti al locatore ha la sua origine nella necessità di lasciar indifeso il conduttore ne' suoi rapporti verso di lui, come vorrebbe Ihering.

Così, cercando di dare una spiegazione della detenzione de' coloni ed inquilini, noi non ci siamo scostati dai principj fondamentali su cui si basa la teoria di Ihering. Anzi ne abbiám visto la conferma positiva, che cioè la difesa possessoria va parallela coll'interesse, quale è concepito da un determinato legislatore in una epoca determinata.

In seguito alle cose discorse sopra, riesce meno difficile di concepire altresì perchè mai i Romani trattarono anche i depositarii ed i commodatarii allo stesso modo de' conduttori, abbassandoli al grado di semplici detentori. È perchè anche qui l'interesse all'integrità del possesso è diviso fra il commodante ed il commodatario, deponente e depositario, ed il pretore credette sufficiente di proteggere quest'interesse soltanto nella persona del commodante e deponente, accordando a' loro soli le azioni possessorie. Questa soluzione doveva sembrargli equa principalmente a proposito del deponente, dalla parte del quale sta sicuramente il maggior interesse, essendochè l'opera del depositario sulla cosa consistente nella conservazione e protezione della stessa senza interesse proprio, ridondi tutto in favore del deponente, a cui spettano di diritto anche i frutti <sup>1)</sup>).

---

1) Assai strane mi pajono le parole di Savigny (p. 322) là dove parla della detenzione del commodatario. Eccole: « Colui il quale concede ad un altro l'uso della propria cosa sotto la forma d' un comodato non perde il possesso alla stessa guisa che non lo acquista il commodatario ». E questa dovrebbe essere la spiegazione del fenomeno !.... Senonchè ognuno s'accorge di leggieri che qui Savigny asserisce, non prova....

## § 6. Riassunto e conclusioni.

Così abbiám visto passare sotto i nostri occhi i principali casi di detenzione senza trovare alcun indizio ch'essa dipenda dalla mancanza dell' *animus domini*.

Dalle cose dette appare piuttosto che la detenzione è una creazione del diritto positivo consistente nel negare ad un possesso realmente esistente ne' suoi elementi caratteristici, la difesa possessoria in forza di specifici motivi.

S'è cercato altresì d'indagare per ogni singolo caso questi motivi, e s'è trovato che la ragione è unica per tutti i casi di detenzione assoluta, molteplice riguardo ai casi di detenzione relativa. Però, astrazione fatta dalla detenzione de' figli di famiglia e schiavi, dove vien in campo la speciale organizzazione della società romana antica, tutti gli altri casi di detenzione relativa hanno in comune questo, che basano sopra un rapporto contrattuale esistente fra le persone a cui vengono negati e le altre a cui vengono accordati gl'interdetti (cioè fra il possessore ed il detentore).

Il legislatore ha creduto realizzare lo scopo che le parti si prefiggono nel concludere il contratto e salvaguardare i loro interessi, distribuendo, com'ha fatto, le azioni possessorie e regolando di conseguenza la quistione del possesso o della detenzione <sup>1)</sup>. Ha esso colto sempre nel segno? Non sarebbero preferibili altre soluzioni? Per noi che non facciamo della critica, ma ci atteniamo semplicemente al diritto positivo, basta di poter constatare: che il punto di vista dell'interesse, ben lontano dall'essere una guida che conduce alla meta soltanto per sentieri tortuosi ed oscuri, come sostiene Kuntze <sup>2)</sup>, ci è invece una guida sicura per penetrare lo spirito essenzialmente pratico de' Romani e comprendere le varie modalità e, per così dire, le angolosità che s'incontrano nel trattato del possesso in diritto romano.

---

1) Ciò mi sembra anche conforme allo sviluppo generale del diritto romano. I Romani non partivano da concetti astratti (come p. es. l'*animus domini*) per creare o modificare i loro istituti, ma sibbene dalle varie esigenze del caso concreto.

2) Vedi Kuntze, Op. cit. p. 81.

Piuttosto, due parole ancora sopra un punto che Ihering non ha messo in chiaro. La sua formola: = Detenzione è uguale a possesso meno la difesa possessoria = spiega assai bene i casi di detenzione assoluta ed *uno* degli aspetti sotto cui si presenta la detenzione relativa, spiega cioè come mai il detentore non venga considerato in diritto romano come possessore, quantunque in realtà lo sia. Gli elementi del possesso si trovano infatti nella persona del rappresentante, colono, inquilino commodatario, depositario, ecc. Essi hanno il *corpus*, avendo la cosa in loro potere, e di più l'*animus*, giacchè il *corpus* è appunto la realizzazione della volontà di voler impadronirsi della cosa ricevuta dal tradente.... Se ciò non ostante sorge detenzione invece di possesso, ciò dipende da una norma legislativa eccezionale. È questo il lato negativo della detenzione relativa. Rimane però da dilucidarne il lato positivo, cioè da spiegare come mai si possa dire che il locatore, commodante, deponente possiedano (possident) mentre non hanno per sè gli elementi costitutivi del possesso, quali noi li abbiamo definiti al capitolo III. Infatti, chi potrebbe sostenere che il commodante, deponente e locatore possiedono la cosa, dal momento che l'hanno consegnata al commodatario, depositario e locatario? Manca loro anzitutto il *corpus*, perchè la cosa si trova ora sotto la dominazione di chi l'ha ricevuta, ed in secondo luogo manca loro l'*animus*, sendochè nella volontà di tradire una cosa sia implicitamente contenuta la volontà di spossessarsi di detta cosa.

La spiegazione del fenomeno fu già lasciata intravedere più volte nel corso di questo lavoro. È per mezzo d'una *finzione giuridica* che i Romani giunsero a costruire un possesso nel commodante, deponente, locatore, ecc., immaginando cioè che loro appartenga il possesso realmente esistente nella persona del commodatario, depositario, ecc. Questa finzione è marcata nelle espressioni di cui le fonti si servono per esprimere il possesso de' commodanti, deponenti, rappresentanti, locatori: *videtur possidere* (Gaius, IV 153, L. 9 D. h. t.) *creditur possidere* (L. 24 D. h. t.) *intelligitur possidere* (L. 25 § 1 D. h. t.). È in grazia di questa finzione che si può dire della parte contraente alla quale è ascritto possesso, ch'essa ritiene il possesso per mezzo dell'altra (v. L. 25 cit.: intelligimur

nos *retinere possessionem*, e Gaius, IV 153: et hoc est quod vulgo dicitur, *retineri possessionem* posse per quemlibet.....).

È inoltre in forza di questa finzione che spesso è detto dei detentori contrattuali: posseder essi in nome d'un altro, prestar essi ministero al possesso d'un altro (vedi, per es., L. 18 D. h. t., *possidet cujus nomine possidetur*; *procurator alienae possessioni praestat ministerium*, L. 38 cit., e Gaius, IV cit.).

Data la speciale *causa detentionis*<sup>1)</sup> non è soltanto data la detenzione dell'una parte contrattante, ma altresì il possesso finto dell'altra. In ogni modo, siccome in ambedue i casi si tratta d'un'eccezione, la detenzione relativa non si deve ammettere che là dove è prevista da una disposizione esplicita della legge. Un criterio aprioristico ed unico (come la mancanza dell'*animus domini*) per costruire i casi di detenzione non c'è.

### CAPITOLO III.

#### **Aspetto del possesso di fronte ai terzi e di fronte all'avversario.**

Dopo aver parlato della detenzione assoluta e relativa, voglio toccare brevemente di alcuni rapporti possessorii che partecipano al tempo stesso del possesso e della detenzione.

Si è questo anzitutto il rapporto possessorio dei ladri, predoni e di coloro che detengono una cosa in forza di un'estorsione, truffa o appropriazione indebita. I frammenti che qui si riferiscono sono: L. 1 § 9 D. 43.17 così concepita = *Quod ait praetor in interdicto: nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut,*

---

1) Anche la così detta teoria causale (Rudorff, Cfr. Ihering, p. 16 seg.) fa dipendere dalla causa la detenzione od il possesso. Ma mentre essa vede nella causa la *presenza* o l'*assenza* di un *animus domini* tipico, noi facciamo appello alla *causa*, soltanto perchè essa costituisce la fonte a cui il legislatore attinse i motivi speciali per costruire la detenzione indipendentemente dall'*animus domini*.



si quis *possidet vi aut clam* aut precario, si quidem ab aliis, *prosit ei possessio*, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet, vincere; HAS ENIM POSSESSIONES NON DEBERE PROFICERE PALAM EST. L. 2 D. 43. 17 = Justa au injusta *adversus ceteros* possessio sit, *in hoc interdicto nihil refert*: qualiscunque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet.

L. 53 D. 41. 2 = *Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet*.

In questi passi è detto chiaramente che il possessore ingiusto può intentare utilmente gl'interdetti soltanto contro i terzi, non contro la persona da cui egli tiene ingiustamente la cosa. Ma che cosa significa ciò se non questo: I ladri, predoni e truffatori posseggono di fronte ai terzi e detengono di fronte a colui, del cui possesso si sono ingiustamente impadroniti? Questo fatto, troppo trascurato in genere, fu già notato da Lotmar<sup>1)</sup>, le parole del quale mi permetto qui di riferire: «Si dovrebbe una buona volta cessare di meravigliarsi che ladri e predoni godano della difesa possessoria, giacchè questa difesa essi non l'hanno che contro i terzi al pari dei truffatori e scrocconi (Betrüger und Erpresser), i quali sono pur difesi contro i terzi, e ciò non solo in qualità di possessori, ma altresì di commodanti (L. 16 D. 13. 6) e deponenti (L. 1 § 39 D. 16. 3)».

A me pare che i sostenitori della teoria savigniana si debbano trovare alquanto impacciati, di fronte a questa libertà con cui il diritto romano nega o accorda gl'interdetti. Infatti, se il possesso va di pari passo coll'*animus domini* si dovrebbe nei casi sopra accennati ammetterlo senza restrizione alcuna, giacchè quella stessa logica la quale fa scoprire nell'atto d'apprensione del ladro o truffatore un *animus domini* dovrebbe anche condurre a dire: «Qui c'è possesso giuridico, dunque al ladro e truffatore appartengono senza limitazione gl'interdetti possessorii». Ad ammettere un mezzo possesso, la logica si rifiuta. Taluno potrebbe forse credere che anche il principio di Ihering faccia qui naufragio e presentarmi l'obiezione: Se il diritto romano nega, come vuole Ihering, ad un

---

<sup>1)</sup> Critische Vierteljahresschrift, N. F., vol. XIII, fascicolo 4, pag. 528, nota 1.

possesso realmente esistente la sua sanzione, ogniquale volta vi è un motivo pratico impellente, perchè mai non ha battuto la stessa via anche riguardo ai ladri e truffatori? Non preme forse all'ordine sociale di combattere a tutta possa ogni furto, truffa o violenza? E non è invece tutelare l'arbitrio ed il disordine sanzionando un possesso acquistato con mezzi ingiusti? Questo argomento specioso a prima vista non ha in realtà valore probante; ed io mi sforzerò di ribatterlo, colmando così una lacuna lasciata da Ihering, principalmente di fronte all'altra sua opera « Besitzschutz », dove la protezione accordata al possesso dei ladri è concepita come una *dura necessità* risultante dalla protezione accordata al possesso delle persone oneste (vedi traduzione del Forlani, p. 48).

Il diritto romano ha, secondo me, cercato appunto di tener conto de' varii interessi in giuoco, sciogliendo nel modo indicato sopra la quistione del possesso dei ladri, truffatori, ecc.

E per vero, a chi arreca danno la truffa, il furto, la violenza? Evidentemente a colui a cui vien sottratta la cosa mediante cotesti mezzi illeciti. Accordando pertanto gl'interdetti possessorii al ladro, predone e truffatore contro l'antico possessore, si sanzionerebbe un'ingiustizia patente e s'incoraggierebbero simili individui a proseguire nel loro operato, quasi si dicesse loro: « Fate pure, il diritto vi assicura il frutto de' vostri atti illeciti, tutelando il vostro possesso ». Ora è appunto per essere fedele al principio, che l'ingiustizia non deve nuocere al leso, che il pretore ha inscritto nella formola dell'Interdictum uti possidetis l'eccezione « nec vi nec clam ab adversario ». Ulpiano ce lo dice chiaramente nella L. 1 § 9 D. 43. 17 cit.: Si vero ab adversario suo, non debet *propter hoc, quod ab eo possidet, vincere*; has enim possessiones *non debere proficere palam est*.

In forza di questa eccezione e per la natura duplice degl'interdetti possessorii, l'antico possessore è così messo nella possibilità di riacquistare il possesso perduto. Egli vi ha ogni interesse, mentre d'altra parte l'ingiusto possessore, non essendo stretto con lui da alcun rapporto giuridico, non può vantare nessun legittimo interesse alla conservazione del possesso in danno di quello.

Ma il punto di vista indicato nella L. 1 § 9 cit. non val

più di fronte ai terzi. Il possesso che si trova ora di fatto nelle mani del ladro, predone, ecc., apparteneva infatti, prima del furto, violenza, ecc., al proprietario od altro possessore, non ai terzi. Quindi non si può dire che il furto o la violenza riescano di documento a quest'ultimi; ed essi non hanno nessun diritto e nessun interesse di pretendere che venga tolto in loro favore uno stato di fatto che non è stato fondato in loro danno.

Del resto, dando gl'interdetti all'ingiusto possessore contro i terzi si viene a proteggere indirettamente il primo legittimo possessore, giacchè quest'ultimo, potendo sempre ripigliarsi la cosa coll'esperimento degli interdetti contro l'ingiusto possessore, usufruisce in definitiva dei vantaggi goduti provvisoriamente da quest'ultimo.

Ai casi di difesa possessoria relativa accennati sopra, sono da aggiungersi due altri, il precario e l'occupazione d'un fondo in assenza del proprietario.

Al secondo punto si riferisce la L. 6 § 1 D. 41. 2 = Qui ad mundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a mundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, *videri eum clam possidere*, Labeo scribit; *retinet* ERGO possessionem is, qui ad mundias abiit. Verum si reverentem dominum non admiserit, *vi magis intelligi possidere*, non clam. Colui che occupa un fondo in assenza del proprietario *possiede clam* di fronte a quest'ultimo ed eventualmente *anche vi*. In ogni modo abbiamo sott'occhio una *possessio vitiosa*, la quale dev'essere protetta contro i terzi e non contro l'avversario in conformità dei principii contenuti nella L. 1 § 9 cit. Savigny vede nella cit. L. 6 § 1 D. h. t. un'eccezione al principio generale: che cessando la possibilità di riprodurre a piacimento il dominio fisico sulla cosa, cessa anche il possesso stesso. «Un'eccezione, dice egli a p. 416, a questo principio si riscontra a proposito di fondi: quì non basta l'impossibilità fisica per far perdere il possesso, fino a che essa non sia venuta a conoscenza dell'antico possessore». Se non erro, Savigny introduce nel citato frammento qualche cosa che non vi si trova punto. Ulpiano non nega che l'antico possessore abbia perduto il suo possesso in forza dell'atto ingiusto del nuovo occupante. Egli dice soltanto, in armonia colla L. 1 § 9 cit., che tale occupazione non deve profittare all'ingiusto possessore, perchè l'antico posses-

sore gli può opporre l'eccezione di clandestinità ed eventualmente anche quella di violenza. È soltanto in questo senso che l'antico possessore ritiene il possesso; egli ritiene il possesso di fronte al nuovo occupante, perchè questi possiede *clam* a suo riguardo. Videri eum (cioè l'occupante) *clam possidere*; RETINET ERGO possessionem is qui ad mundinas abiit. La particella congiuntiva *ergo* spiega tutto; se il giurista non avesse avuto di mira l'idea da me propugnata, non avrebbe usato la particella *ergo* che segna appunto l'intima connessione esistente fra il giusto possesso dell'antico possessore e l'ingiusto del nuovo occupante.

Ma riguardo ai terzi, a cui l'occupazione clandestina rimane estranea, il nuovo possessore, il quale riunisce in sè, al par del ladro e truffatore, gli elementi essenziali al possesso, deve come questi e per gli stessi motivi esser legittimato agl'interdetti. Ecco così un altro rapporto possessorio che da un lato è possesso giuridico e dall'altro semplice detenzione.

Nè altrimenti stanno le cose a proposito del precarista. Anche costui ha detenzione riguardo al precario dans, chè il suo è altresì uno di quei rapporti possessorii da cui non si deve trar profitto a danno dell'avversario<sup>1)</sup>, mentre nelle relazioni coi terzi egli ha possesso. Tralasciando altri passi, non cito come prova che la L. 17 D. 43. 26, la quale dice chiaro e tondo « Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes, præter eum, quem rogavit, uti potest.

E perchè mai il precarista fu abbassato al grado di semplice detentore nelle sue relazioni col precario dans? La ragione è pratica e conforme all'equità. Essenza del precario è che il concedente a precario possa, di regola generale, ripetere la cosa quando lo stima a proposito, senza incontrare ostacolo alcuno (Cfr. L. 2 § 2 D. 43. 26). Ma qual'è il mezzo più semplice per raggiungere questo scopo se non di togliere al precarista la possibilità di conservare il possesso della cosa, impedendogli di poter usare utilmente degl'interdetti contro il *precario dans*?

---

1) Vedi L. 1 § 9 cit., secondo la quale anche l'eccezione di precario (nec vi nec clam nec precario ab adversario) era contenuta nella formola dell'Interdictum uti possidetis.

I Romani furono talmente penetrati da quest'idea che andarono ancor più innanzi, creando in favore del *precario dans* contro il *precario rogans* un interdetto speciale per la restituzione del possesso (v. L. 1 pr. D. 43. 26).

Seguendo i principj sviluppati sopra, si può spiegare a parer mio anche la L. 17 D. 43. 26, la quale pare a primà vista un indovinello, concepita com'è ne' termini seguenti: Sabinus tamen scribit, cum qui precario dederit *et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit*. Come! Due possessori al tempo stesso sulla medesima cosa?! E la L. 3 § 5 D. h. t., la quale rigetta come qualche cosa di naturalmente assurdo un possesso solidale!.....

La contraddizione scompare prendendo per base le osservazioni emesse a proposito del possesso del precarista. Il precarista *possiede*, in quanto gli sono concesse, le azioni possessorie contro ogni altra persona che non sia il *precario dans*; e quest'ultimo possiede parimenti, in quanto può spuntarla cogl'interdetti contro il precarista. Nello stesso identico senso dev'essere interpretata la L. 15 § 4 D. 43. 26. In essa è anzi fatta allusione allo scopo del precario, dicendosi che è conforme all'intenzione, alla volontà del *precario dans*, di considerarlo come possessore di fronte al precarista. In questo senso almeno io credo di spiegare le parole « quia non decesserit animo possessione ».

#### CAPITOLO IV.

### Conseguenze risultanti dalle due teorie.

#### I.

Finora i nostri sforzi furono diretti a provare che la detenzione è un prodotto diretto del diritto positivo, ed è legata indissolubilmente ad una *causa*, risieda essa nella natura speciale delle *res extra commercium* o nella maniera speciale con cui il diritto romano concepì i rapporti contrattuali nel commodato, deposito, rapporto di rappresentanza, locazione.

Ma è principalmente dalle sue conseguenze che si può argomentare se un principio sia giusto o falso. Nel caso concreto, la prima conseguenza risultante dalla natura della detenzione secondo la teoria di Ihering, dovrebbe esser questa: *a)* Che sopravvenendo una *causa detentionis* il possesso giuridico si deve mutare *ipso jure* in detenzione; *b)* E viceversa che, senza una *causa detentionis*, ogni rapporto possessorio nel senso di Ihering deve anche valere per possesso giuridico. Un breve sguardo alle fonti basterà per convincerci che i Romani riconobbero infatti le due proposizioni qui accennate.

#### I. Cambiamento del possesso giuridico in detenzione.

Per la detenzione assoluta e delle persone alieni juris basta citare la L. 30 § 1 D. h. t. e la L. 30 § 3 D. h. t. La seconda è del tenore seguente: «*Item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus*, aut si is qui possidet, *in alterius potestatem pervenit*. La prima così si esprime: *Possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus quem possidebamus; namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi religionem contemnamus et eum pro privato teneamus, sicut hominem liberum.*

Basta adunque che una cosa diventi *extra commercium* od una persona *alieni juris*, perchè il possesso giuridico vada perduto, e ciò anche se il possessore abbia la volontà di farla da padrone (*animus domini*). = *Etsi pro privato eum teneamus et religionem contemnamus.*

Riguardo agli altri casi di detenzione relativa si può dapprima citare la L. 19 D. h. t.

Si tratta d'un compratore di buona fede, il quale riceve in locazione un fondo dal vero proprietario. Marcello non si ferma ad anatomizzare la volontà possessoria, ma risponde sui due piedi che il conduttore perde, in forza del contratto d'affitto, il possesso e diventa semplice detentore... *Qui conduxit in promptu est ut possidere desierit*. Parimenti nella L. 16 D. 18. 6 è accentuata la causa giuridica e non la volontà possessoria come causa efficiente del cambiamento del possesso in detenzione (*per locationem retinetur a venditore possessio*).

Appartiene inoltre qui la L. 42 § 1 D. h. t.: Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; *quodsi sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emptionem*. Cioè: Chi compera una cosa senza mandato acquista detenzione, soltanto se un rapporto di rappresentanza vien posteriormente costituito in forza d'una ratifica (ratihabitio); altrimenti il suo possesso naturale è altresì possesso giuridico. Ricordo inoltre la L. 10 pr. e § 2 D. h. t. dove è detto che se sono conchiusi due negozj giuridici, di cui l'uno produce possesso e l'altro detenzione o viceversa, l'ultimo è decisivo per la quistione del possesso. Pertanto se il penultimo negozio induce possesso e l'ultimo detenzione, si avrà detenzione, senza riguardo alle modificazioni dell'*animus possidentis*.

Ricordo inoltre la L. 37 D. 13.7: Si pignus mihi traditum locassem domino, *per locationem retineo possessionem; quia antequam conduceret debitor non fuerit ejus possessio*, QUUM ET ANIMUS MIHI RETINENDI SIT, ET CONDUCTENTI NON SIT ANIMUS POSSESSIONEM ADIPISCENDI. Come si vede, questo passo non si contenta di rimandare alla *causa detentionis*, ma pare faccia dipendere la detenzione da un difetto nell'*animus possidendi* del detentore. Senonchè, considerandola un po' più da vicino, si accorge che l'allusione fatta da Paolo all'*animus* non ha per iscopo che di spiegare e legittimare il caso concreto, a prima vista un po' strano, in cui il proprietario del pegno diventa, in forza d'un contratto di locazione conchiuso col pignoratario, detentore in suo favore, mentre in tesi generale il proprietario il quale conduce la propria cosa, non diventa detentore<sup>1)</sup>. Il contratto di locazione nel caso speciale della L. 37 cit. non ha per iscopo che di mettere il proprietario-pignorante nella possibilità di usare e usufruire della cosa, concedendogli il possesso naturale della stessa. Ma accordargli anche gl'interdetti sarebbe un andar contro allo scopo stesso del pegno, che è di assicurare al pignoratario il possesso giuridico sul pegno. È soltanto in questo senso che Paolo dice non avere il pignorante-conduttore l'*animus possidendi* ed avere il pignoratario

---

1) Vedi L. 21 D. 41.3.

l'*animus sibi retinendi*<sup>1)</sup>. Se Paolo avesse voluto indicare che il pignorante-conduttore non riceve possesso, perchè non ha l'*animus domini*, gli sarebbe stato sufficiente di accentuare questo fatto, senza far capo anche alla volontà del pignoratario-locatore, giacchè per Savigny è l'animo del detentore solo che decide fra possesso e detenzione. Di più mi pare strano che Paolo voglia qui negare al pignorante-conduttore l'*animus domini*, giacchè, essendo quest'ultimo proprietario della cosa, egli ha di fatto anche la volontà di esercitar la proprietà per sè, tanto più che la sua volontà in questa direzione non è limitata dal contratto di pegno.

Del resto, anche ammettendo della L. 37 cit. un'interpretazione favorevole a Savigny, non vedo ragione alcuna di estendere una disposizione affatto speciale a tutti i casi di detenzione.

## II. Cambiamento della detenzione in possesso.

Ciò può aver luogo: a) In forza d'un contratto che sostituisca alla *causa detentionis* una *causa possessionis*; b) In forza d'un atto unilaterale del detentore, tale da distruggere la causa, su cui poggia la sua detenzione; c) In forza d'una circostanza qualunque indipendente dalla volontà delle parti, per cui la causa *detentionis* vien a mancare.

*Ad a.* Qui si riferisce la L. 10 D. h. t. Ammettendo questa infatti, che la quistione del possesso si regola in base all'ultimo contratto conchiuso fra le parti, ne segue p. es. che se il conduttore compra la cosa dal locatore, la sua detenzione si muta in possesso.

*Ad b.* Appartengono qui, fra gli altri, i frammenti: L. 47 D. h. t. e L. 3 § 18 h. t.; di più, la L. 6 § 1 D. h. t. già citata. — Il primo passo suona così: Si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, *confestim amisisse me possessionem vel ignorantem*, responsum est. Il secondo ha il seguente tenore: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, *desino possidere*, ecc.

---

<sup>1)</sup> Questa speciale intenzione delle parti è possibile anche nel precario (v. L. 38 § 6 D. 41. 3, L. 10 § 1 D. 41. 2 e L. 6 § 2. D. 43. 26). Cfr. su ciò anche Ihering, Op. cit. p. 419 seg.



Queste leggi meritano di essere esaminate più attentamente. Perchè mai vi è infatti detto, che un atto di appropriazione indebita o di deiezione fa acquistare il possesso al detentore? Non ha quest'ultimo già il possesso secondo la teoria di Ihering, e non abbiamo noi più volte ripetuto che il detentore realizza in sè gli elementi del possesso al pari del possessore? Questa obbiezione s'era infiltrata anche nella mia mente, e mi trovai tentato di credere che si trattasse qui d'un passaggio dal più al meno, e che il detentore diventasse possessore per l'aggiunta d'un altro fattore, probabilmente d'un *animus domini* incarnantesi nella deiezione o nell'usurpazione. Riflettendoci un po' meglio, m'accorsi invece che i suddetti frammenti erano in armonia con la teoria di Ihering.

La deiezione o l'appropriazione indebita non hanno infatti importanza perchè servono a manifestare uno speciale *animus possidendi*, ma perchè distruggono il rapporto causale esistente. Il detentore, il quale s'abbandona a tali atti riguardo alla cosa a lui affidata, non vuol più essere detentore, ma si dà a vedere per truffatore e deiciente. Il suo possesso dovrebbe quindi valere per possesso giuridico, essendo tolto l'ostacolo per cui allo stesso era stata negata la sanzione giuridica. E vale infatti per tale di fronte ai terzi. Se di fronte all'avversario continua ad essere di fatto detenzione, ciò si deve attribuire ad un particolare motivo d'equità <sup>1)</sup>.

*Ad c.* Si riferisce qui anzitutto la L. 21 D. 41.3. Si tratta di un possessore di buona fede il quale, dopo aver incominciato l'usucapione, dà la cosa in locazione al proprietario. Giavoleno decide che una tale locazione essendo nulla «quia dominus suam rem conduxisset» il locatore perde il possesso e la sua usucapione è interrotta: sequitur ergo ut ne possessionem quidem locator retinuerit.

In seconda linea viene la L. 43 § 1 D. 47.2, nella quale è parola di un falso procuratore per cui non viene acquistato al rappresentato. E perchè? Perchè manca ogni rapporto di rappresentanza, cioè la causa su cui la detenzione poggia <sup>2)</sup>. Da ultimo, riferisco la già più volte citata L. 10 § 2 h. t., dove in fine è detto che non sorge detenzione,

---

1) Vedi sopra capitolo III, principalmente p. 46.

2) Cfr. Savigny, p. 353, nota 1 b.

perchè la locazione è nulla = quia nulla est locatio quæ in nummo uno consistit.

Un altro spettacolo ci si presenta invece all'occhio, se vogliam tirare a fil di logica le conseguenze dalla teoria di Savigny. Essendo infatti l'*animus domini* qualche cosa di eccezionalmente arbitrario e soggettivo, ogni procuratore, commodatario, depositario dovrebbe, con un semplice atto di volontà ed in barba alla legge, poter privare il possessore del possesso giuridico per arrogarselo egli stesso. Ma chi si adatterebbe a cotesta anarchia completa nella giurisprudenza? Noi no di certo; ma neppure i Romani, i quali stabilendo la regola « meno ipse sibi causam possessionis mutare potest »<sup>1)</sup> si posero sopra un terreno affatto diverso da quello su cui li vorrebbe porre la teoria di Savigny. Interpretando tale paromia, Ihering<sup>2)</sup> dice: ch'essa racchiude il principio dell'impotenza della volontà subbiettiva di fronte all'obbiettiva regola giuridica.

Baron<sup>3)</sup> c'invita ad unirci senza riserva a questa interpretazione di Ihering, il che noi facciamo molto volentieri, persuasi come siamo della sua giustezza. Ma molto maggior peso che a queste sentenze generali e sempre un po' vaghe sulla bocca di giuristi romani, si deve dare alle decisioni particolari delle fonti che Ihering cita contro Savigny. Sono queste in numero di sei, cioè L. 21 pr. D. 41.1, L. 44 § 4 D. 41.3, L. 44 § 4.7 D. 41.3, L. 21 D. 41.3, L. 13 D. 39.5 e L. 60 § 1 D. 19.2.

Kuntze<sup>4)</sup> non crede che queste leggi meritino in modo speciale la nostra attenzione, giacchè la portata di tali speciali decisioni è spesso dubbiosa, non sapendo il più delle volte se non si abbia piuttosto a fare con una opinione isolata d'un qualche giurista o con una decisione dettata dalle svariate modalità del caso concreto.

A parer mio, Kuntze ha torto, perchè, non fornendoci le fonti dei principj generali dirigenti riguardo alla questione che ci occupa, gli esempj pratici acquistano un grandissimo valore. Ora Ihering pretende dimostrare, coi primi quattro de' citati passi, che il diritto romano am-

1) Vedi fr. 3 § 19 D. h. t., L. 19 § 1 D. h. t.

2) Cfr. Ihering, Op. cit., p. 357 seg.

3) Vedi Baron, Op. cit., vol. 29, p. 21.

4) Kuntze, Op. cit., p. 21.

mette possesso non ostante l'assenza dell'*animus domini*, e cogli ultimi due, ch'esso ammette detenzione non ostante la presenza d'un *animus domini*.

Ha egli ragione? Io lo credo, per ciò che concerne la L. 44 § 4 D. 41.3, in cui è detto che un figlio di famiglia, il padre del quale è morto, può usucapire, quantunque nulla sappia di questa morte e si creda tuttora soggetto alla patria potestas.

L'esempio è chiaro. Cotesto figlio non ha l'animo di possedere per sè, giacchè si crede ancora *filius familias*; eppure può usucapire e quindi possedere!... Ciò vuol dire che lo specifico *animus domini* non conta nulla.... Parimente mi par contraria a Savigny la L. 21 D. 41.3, già citata sopra, sotto un altro punto di vista. Kuntze <sup>1)</sup> opina che questo passo non dice quanto Ihering gli vorrebbe far dire, che cioè il proprietario conduttore diventi possessore. Ma ci sono molte cose che, quantunque non esplicitamente espresse, devono però sottintendersi. E qui mi par il caso. Io non posso ritenere con Kuntze che il pensiero di Giavoleno sia questo: «non aver nè il locatore nè il conduttore possesso». Ciò condurrebbe alla poco edificante conseguenza, che il proprietario il quale ha riacquisitato il possesso naturale della cosa, dovrebbe impunemente sopportarne ogni lesione e sottrazione, giacchè ognuno può impossessarsi a piacimento di una cosa priva di possessore.

Si ovvia invece a tale conseguenza, accordando il possesso giuridico al proprietario-conduttore. Del resto, a fare questo passo ci legittima la L. 40 § 3 D. h. t., secondo la quale il proprietario, il quale s'impossessa clandestinamente della sua propria cosa o la prende *in locazione* od a precario, non possiede viziosamente. Infatti, domando io: se nel caso della L. 21 cit. il proprietario-conduttore non possiede viziosamente e neppure detiene, essendo nulla la *causa detentionis*, che ci rimane se non di ammettere che il possesso in lui realmente esistente è anche possesso giuridico? Se ciò è vero, eccoci di fronte ad un altro caso dove c'è possesso, non ostante che il possessore voglia possedere per un altro.

Minor molestia deve invece procurare ai sostenitori della teoria savigniana la L. 44 § 7 D. h. t. Si può infatti

---

1) Cfr. Kuntze, Op. cit. p. 22.

benissimo ascrivere al figlio di famiglia un animo condizionato, secondo che il padre ritornerà dalla schiavitù o morirà in quella <sup>1)</sup>. Così si spiegherebbe come mai in questo passo venga ascritto ai figli di famiglia possesso prima della morte del padre: il loro animo possidendi sarebbe condizionato ed avrebbe poi effetto retroattivo in caso di realizzazione della condizione.

Sono inoltre del parere di Baron che si debba lasciar in disparte la L. 21 pr. D. 41. 1, perchè in contraddizione colla L. 1 § 6 D. 41. 2 e la L. 118 D. 50. 17; e mi rivolgo alla L. 13 D. 39. 5. Baron <sup>2)</sup> consiglia di trascurare questo passo, perchè in contraddizione colla L. 37 § 6 D. 41. 1. Eppure questa antinomia io non la so trovare.

In ambedue le leggi è parola di un rappresentante diretto, il quale si dà a vedere per tale al tradente, ma ha internamente l'animo di possedere per sè. In ambedue le leggi è detto che quest'animo non gli deve giovare, che cioè egli non acquista il possesso giuridico (*Nihil agit in sua persona — nihil agetur*). La sola differenza sta in ciò, che mentre la L. 13 D. 39. 5 si contenta di questa negazione, la L. 37 cit. fa un passo più innanzi, ed ascrive il possesso giuridico al principale (rappresentato) (*mihi acquirit*). Ma evidentemente bisogna sottintendere anche nella L. 13 cit. quello che nella L. 57 cit. è detto esplicitamente <sup>3)</sup>. Hanno invece ragione Baron e Kuntze impugnando la deduzione che fa Ihering della L. 60 § 1 D. 19. 2. Ihering immagina infatti che l'erede del colono non conosca il contratto di locazione e che pertanto la legge gl'imponga detenzione, non ostante il suo *animus domini*.

Ma di questa supposizione di Ihering non c'è neppur l'ombra nel suaccennato frammento. Anzi, siccome di regola generale l'erede del colono avrà contezza del contratto di locazione, così la L. 60 cit. si può mettere in armonia anche colla teoria di Savigny. Senonchè bastano, secondo me, la L. 44 cit., L. 21 cit. e L. 13 cit. per minare il principio savigniano!...

---

1) Cfr. Baron, Op. cit., vol. 29, p. 198.

2) Cfr. Baron, Op. cit., vol. 29, p. 202.

3) Anche Savigny non trova alcuna antinomia fra L. 13 cit. e D. 37 cit. Cfr. Op. cit., p. 353, nota 1.

## II.

Siamo ai casi del possesso derivato, una delle forzate conseguenze a cui è giunto Savigny per salvare i suoi principj. Che cosa egli intenda con ciò, l'abbiam visto sviluppando le linee principali della sua teoria. Qui ci resta soltanto ad esaminare brevemente, se siffatta creatura di Savigny possa vantare un diritto di cittadinanza in diritto romano o debba esserne sbandita, come *heimathlos*.

L'opposizione contro Savigny su questo terreno dura già da lungo tempo e la si può dire generale.

Baron <sup>1)</sup> chiama il possesso derivato un enigma; Dernburg <sup>2)</sup> lo rigetta pure, cercando di sostituire all' *animus domini* un altro animo che abbraccia anche i casi del possesso derivato.

Windscheid <sup>3)</sup> fa pure astrazione da un contratto per cui il possesso giuridico si trasmette da una persona all'altra, e considera il possesso derivato come un'anomalia creata dal diritto positivo. Dello stesso parere sembrano anche Bruns, Bekker e Meischer.

Ihering si vale in molti passi del suo nuovo lavoro, come p. es. a p. 225, 318 e 336, del possesso derivato per dimostrare l'insussistenza della teoria savigniana. Kuntze stesso pare qui disposto a riconoscere la debolezza degli argomenti di Savigny, dicendo a p. 94: «Bisogna riconoscere che, partendo dal concetto di possesso quale ce lo dà la dottrina imperante (quella di Savigny), la categoria del possesso derivato fornisce a prima vista una pietra d'inciampo». Il principale argomento che si fa valere contro Savigny è il seguente: Se è vero, come sostiene Savigny a p. 125, che risiede nella natura stessa del possesso, in quanto diritto, di essere trasmissibile, perchè mai la trasmissione si deve restringere ai casi del possesso derivato? Savigny se la cava dicendo che qui si tratta di eccezioni positive dettate da motivi storici o di pratica utilità. Ma chi potrebbe provare che le nostre fonti vedono nel possesso derivato dalle eccezioni? «Le fonti non lasciano punto trapelare il pensiero, esser i Romani

---

1) Cfr. Baron, Pandette, § 112, p. 204.

2) Cfr. Pandette, § 172, p. 392 seg.

3) Cfr. Pandette, § 149, p. 488.

stessi stati consci del fatto che gli interdetti erano concessi ora normalmente per il concetto primitivo ed ora *utiliter* per un concetto più esteso di possesso<sup>1)</sup>. Il linguaggio delle fonti ci conduce anzi ad un risultato affatto opposto. Si legga la L. 13 § 1 D. 6. 2, dove è detto «*pignoratitia et precariae possessiones iustae sunt*» e L. 22 § 1 D. 9. 4, dove è detto che il creditore ipotecario ed il precarista «*iuste possident*».

I casi del precarista e pignoratario (i due casi meno discussi di possesso derivato) non presentano adunque nessuna irregolarità, giacchè le fonti li assumono, al par degli altri che si voglion far passare per soli legittimi, sotto il nome di *possessio*, senza il minimo accenno alla loro presunta origine spuria. Se il possesso derivato fosse in realtà una *detentio* (nel senso di Savigny) munita straordinariamente di difesa possessoria<sup>2)</sup>, le nostre fonti indicherebbero questo pensiero con un' *utilitatis causa*, *puto*, *credo*, ecc. come l'han fatto a proposito dei casi di detenzione. Del resto, anche supponendo che il possesso derivato fosse da considerarsi come un'anomalia, non sarebbe il caso di esclamare con Baron: «Che diviene una regola, un principio il quale ammette innumerevoli eccezioni? Il grande numero delle eccezioni fa sì che queste, cambiando di carattere, diventino la regola, mentre la regola primitiva vien messa in disparte».

Ihering ci libera dalle interminabili controversie sul possesso derivato. Non fondando egli il possesso giuridico sull'*animus domini*, non sente il bisogno di dover spiegare perchè mai in certi casi esso abbia luogo non ostante la mancanza dell'*animus domini*. Per lui il pignoratario, precarista, sequestratario, ecc. possiedono giuridicamente, non perchè il possesso giuridico sia loro stato trasmesso, ma perchè essi riuniscono nella loro persona gli elementi sostanziali del possesso giuridico (*animus* e *corpus* nel senso di Ihering), senza che una disposizione eccezionale della legge neghi loro la difesa possessoria, cioè li abbassi al grado di detentori<sup>3)</sup>. Così il possesso derivato rientra

1) Cfr. Bekker, Op. cit. p. 166.

2) In questo senso anche contro Windscheid.

3) Si potrebbe tutt'al più portare la prova negativa, che il diritto non aveva nessun scopo pratico d'abbassare i così detti possessori derivati al grado di semplici detentori. Questa prova è fornita da Ihering ai n. XV e XVI, Op. cit., e principalmente a p. 207 e 383.

comodamente nel concetto generale di possesso. Eccezione non è più per Ihering il possesso derivato, ma la detenzione.

### III.

Intimamente connessa colla quistione dell'esistenza d'un diritto, è l'altra della sua pratica applicazione.

Non basta ch'io abbia un diritto; bisogna di più che nel caso concreto lo possa provare facilmente, perchè è a questa sola condizione che il giudice m'accorda la sua protezione. Un diritto che non si potesse provare del tutto o solo in pochissimi casi, rassomiglierebbe a quelle suppellettili che servono soltanto d'ornamento e non sono atte a nessun uso pratico. Ciò posto, merita la pena di considerare il concetto di possesso fornitoci da Ihering e quello fornitoci da Savigny sotto questo punto di vista.

Il trattato di Savigny sul possesso non contiene nessun accenno alla maniera con cui dev'essere portata in giudizio la prova del possesso. Questo silenzio, qualunque ne sia la causa (o dimenticanza, oppure la credenza che tale questione fosse inutile), segna un vuoto nell'opera del Savigny e ci obbliga a costruire per mezzo d'un processo logico quello che l'autore non ha espressamente manifestato.

Quale figura assumerebbe adunque la prova del possesso in giudizio secondo la dottrina di Savigny?

Per rispondere a questa domanda, è necessario ricordarsi, da una parte, che cosa intenda Savigny per possesso, e dall'altra, che cosa deve provare, in genere, colui il quale invoca dal giudice protezione di un suo diritto. Che cosa intenda Savigny per possesso, lo sappiamo = la detenzione d'una cosa unita all'*animus domini* =; non ogni detenzione voluta è difesa dal diritto romano, ma solo quella che va congiunta coll'*animus domini*. D'altra parte, è principio universalmente ammesso che chi vuol fare valere un diritto, deve provarne gli elementi sostanziali e caratteristici. Conseguenza si è, che colui il quale aspira alla difesa possessoria mediante gl'interdetti, è tenuto di provare gli elementi indispensabili all'esistenza del possesso nella sua persona, cioè, secondo Savigny, il corpus e l'*animus domini*.

Ma come è mai possibile di dimostrare, in pratica, l'esistenza dell'*animus domini*, di questo movimento affatto interno della volontà? Lasciarne la decisione all'attore in giudizio? Sarebbe un meschino ripiego. In tal modo si spoglierebbe il diritto di ogni base solida e sicura, abbandonandolo all'arbitrio individuale; e di più si toglierebbe al giudice in un gran numero di casi la possibilità di dare una decisione, perchè il volgo non è generalmente in grado di *precisare* se la sua volontà possessoria sia piuttosto un *animus domini* che un *animus alieno nomine possidendi*, come quello che nel compiere l'atto d'apprensione ha di mira un risultato pratico presente o futuro, senza curarsi della forma giuridica che dovrebbe assumere la volontà per accontentare le nebulosità astratte dei giureconsulti.

Ben compresa di ciò, la pratica forense del medio-evo credette di dover arguire l'esistenza dell'*animus domini* dagli atti possessorii stessi, ed eresse dei cataloghi contenenti gli atti possessorii da cui il giudice potesse inferire la prova dell'*animus domini*. Questo criterio obiettivo presenta già maggior stabilità dell'altro puramente subiettivo. Ma non pare anch'esso adatto a risolvere tutte le difficoltà ed a sormontare tutti gli ostacoli. Ed infatti, chi non sa che non raramente vengono compiuti dal detentore e dal possessore gli stessi atti possessorii? Si pensi soltanto al seminar grano, mieter fieno, tagliar legna, ecc. Non è forse vero che questi atti possono essere compiuti tanto dal padrone che dal colono? Come distinguere pertanto in questi casi il padrone dal colono, poggiandosi soltanto sugli atti possessorii? È per *ovviare* alle difficoltà che presentava in pratica la prova dell'*animus domini*, che a poco a poco si stabilì nella pratica in favore del possessore la presunzione: che colui il quale prova la detenzione materiale (*corpus*), è presunto possedere in proprio nome<sup>1)</sup>. È questa la via seguita dal codice civile francese, il quale all'art. 2230 così si esprime: « On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour autrui ».

La presunzione dell'*animus domini* è il solo mezzo

<sup>1)</sup> Cfr. Baron, Op. cit., 29, p. 213.



atto a salvar la teoria di Savigny da un certo naufragio ed a renderla praticamente sopportabile.

Per Ihering invece, il quale costruisce il suo concetto di possesso senza l'*animus domini*, cade il bisogno di ricorrere ad una presunzione, e la prova del possesso in giudizio assume una forma più semplice. Siccome, secondo lui, di regola ogni rapporto esteriore voluto d'una persona sopra una cosa è possesso, eccetto che il diritto lo consideri eccezionalmente per detenzione, ne segue che colui il quale prova il corpus <sup>1)</sup>, dev'essere considerato come possessore fino a che l'avversario non gli opponga una *causa detentionis*.

Il ragionamento è giustissimo; giacchè chi vuol far valere un'eccezione, la deve provare, mentre chi ha per sè la regola non ha bisogno di dimostrare che non gli osta nessuna eccezione.

Ihering <sup>2)</sup> conferma le sue argomentazioni col celebre passo di Paolo: «*possessio traditæ aut non traditæ possessionis non tam in jure quam in facto consistit; ideoque sufficit si rem corporaliter teneam* (S. R. V., 11 § 2); e soggiunge che Paolo non accenna quì ad una presunzione, ma bensì ad una regola ottenuta per via di deduzione dal concetto stesso di possesso. Le parole «*ideoque sufficit*» esprimenti una logica conseguenza non si adatterebbero ad una presunzione, che è una disposizione positiva della legge.

In tutto ciò sono pienamente d'accordo con Ihering; ma nello stesso tempo non posso resistere alla tentazione di far risaltare un piccolo errore di logica, in cui mi pare ch'egli sia incappato.

Poteva forse Paolo dedurre la conseguenza contenuta nel passo citato, se fosse vero, come sostiene Ihering, ch'egli è il verò fondatore della teoria di Savigny, per la quale non c'è altra via di scampo che il ricorso alla presunzione dell'*animus domini*? Pertanto, o Paolo è in contraddizione con se stesso (senza che Ihering se ne sia accorto), oppure il frammento citato non contiene nessuna

---

1) Provato il corpus è provato direttamente anche l'*animus* per la teoria di Ihering, non essendo per essa il corpus che la realizzazione dell'animo.

2) Vedi Ihering, Op. cit. p. 167.

antinomia, ed allora Paolo non è l'inventore d'un concetto proprio di possesso, ma segue su questo punto la dottrina degli altri giuristi romani, che è pur quella di Ihering, e dalla quale soltanto può dedursi la conseguenza contenuta nel citato frammento. Quest'ultimo ha valore soltanto se si ammette la seconda delle accennate ipotesi.

Un'altra osservazione. La formola di Ihering: «il possessore non ha che a provare il corpus, la prova della detenzione incombendó all'avversario», pare non sia sufficiente ad abbracciare tutti i casi. Ihering stesso ne ha riconosciuto l'insufficienza, in quanto che ammette che il possessore di diritti non può contentarsi di provare il *corpus*, ma deve altresì fornire la prova della causa giuridica su cui si fonda il suo possesso. Baron<sup>1)</sup> ammette pure che soltanto la prova della causa può decidere del possesso quando sorga conflitto fra il possessore della cosa ed il possessore del diritto.

Ma io credo di non andar errato, ritenendo che la formola di Ihering è insufficiente anche in molti casi di possesso delle cose, dove alla prova della semplice detenzione (*corpus*) bisogna sostituire la prova della causa. Alludo alla detenzione relativa nei rapporti di rappresentanza, locazione, comodato, ecc.

Come fu già dimostrato sopra, la quistione del possesso assume in questi casi un aspetto duplice piuttosto complicato. Da una parte, colui che ha il *corpus* non è possessore ed il possessore non ha il *corpus*. Ciò posto, si capisce il funzionamento pratico della formola di Ihering quando è il detentore il quale si presenta come attore in giudizio. Potendo egli dimostrare di avere il *corpus*, il giudice lo deve considerare come possessore, fino a che l'avversario non gli provi il contrario.

Ma supponiamo ora che sia il possessore, o, per prendere un caso concreto, che sia il locatore il quale domanda di essere protetto contro una molestia inferta al possesso.

Come proverà costui il *corpus*?

Non ci sono che due vie: a) O di provare che il detentore, nella fattispecie il conduttore, esercita il *corpus* per lui, cioè ha l'*animus alieno nomine possidendi* nel

---

1) Cfr. Baron, Op. cit., vol. 29, p. 218.

senso di Savigny; *b)* Oppure di provare la causa giuridica la quale gli attribuisce il possesso mediante una *finzione*.

Il primo ripiego, oltre all'essere in contraddizione coi principii del diritto romano, sendochè il locatore non è possessore, perchè il conduttore ha l'animo di possedere per lui, ma perchè così vuole eccezionalmente una norma positiva di legge, imporrebbe al locatore una prova ancor peggiore di quella dell'*animus domini*, cioè la prova dell'*animus alieno nomine detinendi*.

Non rimane adunque che la seconda possibilità, la quale è d'altronde la sola che sia in armonia coi principii di Ihering. Ed infatti non basando il possesso del locatore che sopra una finzione della legge <sup>1)</sup>, qual cosa più giusta che il locatore il quale l'invoca in suo favore, la debba altresì provare?

La stessa *causa detentionis* la quale abbassa il conduttore al semplice grado di detentore, quantunque sia in realtà possessore, innalza altresì il locatore al grado di possessore, quantunque in realtà non abbia gli elementi essenziali al possesso (*animus et corpus* nel senso di Ihering). Per la stessa ragione adunque che all'avversario incombe contro al detentore la prova della *causa detentionis*, il possessore deve, in tutti i rapporti contrattuali da cui nasce una detenzione relativa, provare la *causa possessionis* <sup>2)</sup>. Ad altri di discutere il merito di questa obbiezione; a me basta di poter osservare ch'essa non distrugge punto il concetto di possesso dato da Ihering.

---

1) Vedi pag. 43-44.

2) In fondo, la *causa possessionis* è la *causa detentionis* riguardata dal punto di vista del possessore.

## CONCLUSIONE

---

Se la teoria di Ihering dev'essere nelle sue basi fondamentali considerata come giusta *de lege lata*, essa non è meno commendevole *de lege ferenda*, come quella che crea un concetto popolare e semplice di possesso, lasciando libero d'altra parte al legislatore di stabilire delle eccezioni praticamente utili, senza legarlo a delle nozioni astratte più o meno nebulse e praticamente irrealizzabili.

Non entra nei limiti del presente lavoro di esaminare, se tutti i casi di detenzione ammessi dal diritto romano siano giustificabili da un punto di vista critico, e se ancora oggidì sia il caso di negare a certi possessori le azioni possessorie <sup>1)</sup>. Accennerò solo in due parole al fatto, che l'istituto del possesso non bene sviluppato in diritto romano subì, per opera del diritto canonico e della pratica forense, numerose modificazioni. È così che il diritto canonico accordò *l'actio spolii* anche ai detentori in proprio interesse (colono, inquilino, commodatario) <sup>2)</sup>. È così che il diritto canonico accordò il *possessorium summarium* non solo al possessore, ma altresì al detentore nel senso di Savigny <sup>3)</sup>.

Ricordo finalmente il possesso dei diritti, il quale, ristretto in diritto romano alle servitù, fu dal diritto canonico esteso a tutti quei diritti i quali ammettono un esercizio continuato o simultaneo, e nei quali è possibile il disturbo d'un simile esercizio da parte dei terzi <sup>4)</sup>. Ora, che significa

---

1) Su ciò Ihering, Op. cit. p. 510 seg.

2) Vedi Bruns, das Recht des Besitzes, p. 170-231.

3) Vedi Bruns, das Recht des Besitzes, pag. 403, Windscheid, vol. I, § 16, n. 5.

4) Bruns, Op. cit. p. 185-197.

in pratica l'estensione dell'*actio spolia* e del *summarium* al detentore, che cosa significa il possesso de' diritti nel suo maggiore sviluppo? Che l'evoluzione storica tende a far scomparire il numero de' detentori ed a ravvicinare sempre più il possesso giuridico al possesso naturale.

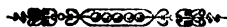
A questa corrente ubbidisce anche il diritto prussiano<sup>1)</sup>, il quale accorda possesso giuridico ai detentori in proprio interesse. Nè vi si sottrae il progetto di codice civile per l'Impero germanico, quantunque si trovi ancora in esso un'eco della teoria di Savigny. Infatti, nei §§ 819, 280, 815, il detentore è messo, per ciò che riguarda le conseguenze giuridiche del possesso, sopra una stessa linea col possessore. Di fronte a questi paragrafi, suscitano certamente un senso di meraviglia gli altri, dove è data una definizione di possesso e di detenzione (Cfr. §§ 797, 804, 865, 813). Per il progetto, possessore è colui il quale ha il dominio di fatto sulla cosa, congiunto coll'animo di aver la cosa per sè, mentre il detentore ha il dominio fisico sulla cosa, congiunto coll'animo di voler esercitare un tale dominio per un altro. È una riproduzione della dottrina savigniana.

Ma, esclama a ragione Ihering<sup>2)</sup>: Perchè perdersi in definizioni e distinzioni che non hanno un pratico valore, essendo i detentori protetti cogli stessi mezzi giuridici dei possessori? O credevano forse i redattori del progetto di salvar capra e cavoli, introducendovi le idee di Savigny? In ogni modo è da sperarsi che l'Autorità legislativa non vorrà mantenere delle cause di disordine e di contese infinite, tenendo fermo « ad un'idea puramente dottrinarica, che si potrebbe facilmente stralciare dal progetto, senza che praticamente ne risulti la minima differenza ».

La semplicità ed il valore pratico della teoria di Ihering sulla distinzione fra possesso e detenzione è così messo in luce anche dall'evoluzione storica.

1) P. L. R., 1. 7 § 11.

2) Vedi Op. cit., p. 492.



21. 9



# I N D I C E

---

	Pag.
<b>Introduzione</b> . . . . .	5
<b>CAPITOLO I. Teoria di Ihering e di Savigny</b> . . .	9
• <b>II. Esame critico delle due teorie:</b>	
§ 1. <i>Natura dell' «animus possidendi»</i> . . .	13
§ 2. <i>Caratteristica della detenzione</i> . . .	22
§ 3. <i>Casi di detenzione assoluta e deten-</i> <i>zione delle persone «alieni juris»</i> . . .	26
§ 4. <i>Rappresentanza nel possesso</i> . . .	29
§ 5. <i>Detenzione del colono, inquilino,</i> <i>comodatario e depositario</i> . . . .	36
§ 6. <i>Riassunto e conclusioni</i> . . . . .	42
• <b>III. Aspetto del possesso di fronte ai</b> <b>terzi e di fronte all'avversario</b> . . .	44
• <b>IV. Conseguenze risultanti dalle due</b> <b>teorie</b> . . . . .	49
<b>Conclusione</b> . . . . .	64







